

***Droits et Débats***

## **L'ordre public**

***Regards croisés du Conseil d'État  
et de la Cour de cassation***

**Un colloque organisé par le Conseil d'État  
et la Cour de cassation, le 24 février 2017**

# Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

## **Collection « Les rapports du Conseil d'État » (ancienne collection « Études et documents du Conseil d'État », EDCE)**

- Le numérique et les droits fondamentaux – étude annuelle 2014, n° 65.
- L'action économique des personnes publiques – étude annuelle 2015, n° 66
- Simplification et qualité du droit – étude annuelle 2016, n° 67.
- Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation » – étude annuelle 2017, n° 68.
- La citoyenneté - Être (un) citoyen aujourd'hui – étude annuelle 2018, n° 69.

## **Collection « Les études du Conseil d'État »**

- Directives européennes : anticiper pour mieux transposer, 2015.
- Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, 2016.
- Règles applicables aux professionnels de santé en matière d'information et de publicité, 2018.
- La prise en compte du risque dans la décision publique : pour une action publique plus audacieuse, 2018.
- Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?, 2018.

## **Collection « Droits et Débats »**

- Où va l'État ? – Tome 1, n° 14 (2015), et Tome 2, n° 19 (2016).
- Impôt et cotisation : quel financement pour la protection sociale ?, n° 15, 2015.
- La France dans la transformation numérique : quelle protection des droits fondamentaux ?, n° 16, 2016.
- La fiscalité sectorielle, n° 17, 2016.
- L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? Le regard croisé du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 18, 2016.
- L'accord : mode de régulation du social, n° 20, 2016.
- Entretiens sur l'Europe – Tome 1, n° 21 (2017), et Tome 2, n° 26 (2018).
- Droit comparé et territorialité du droit – Tome 1, n° 22, et Tome 2, n° 23, 2017.
- Les entreprises publiques, n° 24, 2017.
- Le droit social et la norme internationale, n° 25, 2018.
- L'ordre public. Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 27, 2018.
- Les grands investissements publics, n° 28 (à paraître).
- Santé et protection des données, n° 29 (à paraître).

## **Collection « Histoire et Mémoire »**

- Faire des choix ? Les fonctionnaires dans l'Europe des dictatures, 1933-1948, 2014.
- Le Conseil d'État et la Grande Guerre, 2017.

## **Collection « Jurisprudences »**

- Jurisprudence du Conseil d'État 2012-2013 (éd. 2014).
- Jurisprudence du Conseil d'État 2014-2015 (éd. 2016).
- Jurisprudence du Conseil d'État 2016-2017 (éd. 2018).



<b>Présentation du colloque.....</b>	<b>5</b>
<b>Programme du colloque .....</b>	<b>7</b>
<b>Séance d’ouverture.....</b>	<b>9</b>
<b>Première table ronde - Nouveaux enjeux de l’ordre public et pouvoirs de police .....</b>	<b>29</b>
Éléments de problématique .....	31
Biographie des intervenants .....	33
Actes - Nouveaux enjeux de l’ordre public et pouvoirs de police .....	37
<b>Deuxième table ronde - L’émergence d’un ordre public européen.....</b>	<b>69</b>
Éléments de problématique .....	71
Biographie des intervenants .....	73
Actes – L’émergence d’un ordre public européen.....	77
<b>Troisième table ronde - L’ordre public économique et social .....</b>	<b>95</b>
Éléments de problématique .....	97
Biographie des intervenants .....	99
Actes – L’ordre public économique et social.....	101
<b>Clôture du colloque .....</b>	<b>121</b>
<b>Annexes .....</b>	<b>143</b>
Éléments de jurisprudence .....	145
Bibliographie indicative .....	201



# Présentation du colloque

---

La notion d'ordre public recouvre, selon le domaine et le contexte où elle est utilisée, des acceptions relativement distinctes.

L'ordre public désigne d'abord *un objectif de sécurité, de salubrité et de tranquillité publiques* que les diverses autorités publiques, législatives, judiciaires et administratives, s'efforcent d'atteindre.

En ce sens, l'ordre public justifie des limitations aux droits et libertés individuels, sert de support à des pouvoirs de police administrative, notamment de police administrative générale, et justifie la répression des infractions. Les exigences de l'ordre public peuvent se décliner selon les secteurs d'activité, et son contenu s'adapte aux nouvelles pratiques sociales ou à l'évolution des technologies. Les innovations en matière de télécommunications et l'avènement d'Internet ont ainsi profondément renouvelé le débat sur l'ordre public en matière de droit de la presse, de protection des données personnelles, de liberté d'expression. La menace terroriste a également renouvelé le débat, non sur le contenu de l'ordre public, mais sur les moyens de le défendre. Dans un contexte où il est primordial de prévenir l'atteinte, la question de l'articulation entre police administrative et police judiciaire s'est posée avec une acuité nouvelle. Un ordre public immatériel, centré autour de la notion de dignité humaine, s'est également développé.

L'essor du droit international, et notamment du droit européen, a conduit à revisiter les rapports des droits nationaux à l'ordre public. De nombreuses conventions protégeant des droits et libertés ou instituant des règles spécifiques réservent l'ordre public. Ces « clauses d'ordre public » dessinent un espace de choix pour les législations nationales, espace qui se structure par rapport à la notion d'ordre public et au contenu que les différentes cours internationales donnent à cette notion.

Entendu dans un sens restreint, cet ordre public est ce qui justifie l'action de la police administrative générale, qui peut prendre toute mesure pour le préserver. En revanche, en cette matière comme pour toute législation portant atteinte à certains droits ou libertés en vue de protéger l'ordre public, la régulation se fait à travers le principe de proportionnalité : l'atteinte ne doit notamment pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif.

En un autre sens, l'ordre public désigne *une exigence de respect de certaines règles juridiques impératives*. Cet ordre public limite d'abord la liberté contractuelle. Son développement a été souvent souligné : droit du travail, droit des procédures collectives, droit économique, droit de l'environnement, etc. Les exigences justifiant qu'une norme s'impose à la volonté des cocontractants vont bien au-delà de la sécurité et de la salubrité et sont très diverses. L'intérêt général, comme la protection de certaines personnes, tel le salarié, justifie la création d'un ordre public contractuel.

Dans le prolongement de cet ordre public contractuel, l'ordre public contentieux désigne un ensemble de règles dont le juge assurera d'office le respect, y compris si les parties ne s'en prévalent pas.

L'ordre public est donc, à la fois, ce qui justifie la norme et l'action publique, et la technique juridique qui l'impose aux différentes situations juridiques concrètes. Ces deux sens et ces différents aspects ne sont pas sans rapport, et se rejoignent dans l'exigence que soit respectée et assurée dans l'ordre juridique la supériorité de certaines valeurs et exigences, qui vont au-delà de la seule sécurité publique et doivent se conjuguer entre elles. C'est ainsi que des principes fondamentaux et des standards de procédure émergent et assurent la conciliation de ces différents aspects de l'ordre public entre eux.

À l'occasion de ce colloque, trois tables rondes ont tenté d'examiner ces rapports et les évolutions récentes de la jurisprudence.

La première table ronde est consacrée à l'analyse de la réponse apportée par les pouvoirs de police judiciaire et de police administrative aux nouveaux enjeux de l'ordre public en matière de médias, de terrorisme et de protection de la dignité humaine.

La deuxième table ronde aborde la question de l'existence d'un ordre public européen, tant dans l'émergence de valeurs fondamentales et de standards de procédure partagés que dans le jeu des différentes clauses d'ordre public contenues dans le droit de l'Union européenne et dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Enfin, la troisième table ronde se penche sur la question de l'existence et du contenu d'un ordre public économique et social, en matière de droit de la concurrence, de droit du travail ou de droit boursier. Elle aborde également la question de la conciliation entre la forte autonomie du droit de l'arbitrage et certains principes d'ordre public protégeant l'action des personnes publiques.



# Programme du colloque

---

## 9h30 - 10h15 – Séance d'ouverture

**Bertrand Louvel**, Premier président de la Cour de cassation

**Jean-Claude Marin**, procureur général près la Cour de cassation

**Jean-Marc Sauvé**, vice-président du Conseil d'État

## 10h15 - 12h15 – Table ronde n° 1 : Nouveaux enjeux de l'ordre public et pouvoirs de police

*Président :*

**Jacques Petit**, professeur à l'université de Rennes 1

*Intervenants :*

**Christophe Bigot**, avocat à la Cour

**Frédéric Desportes**, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation

**Mattias Guyomar**, président de la 10<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État

**Philippe Raynaud**, professeur à l'université Panthéon-Assas

## 14h00 - 15h30 – Table ronde n° 2 : L'émergence d'un ordre public européen

*Président :*

**Bernard Stirn**, président de la section du contentieux du Conseil d'État

*Intervenants :*

**Dominic Grieve**, membre de la Chambre des Communes, ancien *Attorney General* d'Angleterre et du Pays de Galles

**Roger Grass**, conseiller en service extraordinaire à la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

**Patrick Wachsmann**, professeur à l'université de Strasbourg

### **15h30 - 17h00 – Table ronde n° 3 : L'ordre public économique et social**

*Président :*

**Laurent Le Mesle**, premier avocat général de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

*Intervenants :*

**Didier Le Prado**, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien président de l'Ordre

**Christine Maugüé**, présidente de la 7<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État

**Gérard Rameix**, président de l'Autorité des marchés financiers

### **17h00 - 17h30 – Clôture du colloque**

**Étienne Picard**, professeur émérite de droit public à l'université Panthéon-Sorbonne





# Séance d'ouverture

---

## Bertrand Louvel

*Premier président de la Cour de cassation*

Docteur en droit privé, Bertrand Louvel entre dans la magistrature en 1978 après avoir été assistant à la faculté de droit de Caen et du Mans. Il commence sa carrière comme juge d'instance à Menton, puis au Mans, avant d'exercer les fonctions de maître de conférences à l'École nationale de la magistrature (1985-1986). Entre 1986 et 2002, Bertrand Louvel est successivement président des tribunaux de grande instance d'Aurillac, de Pointe-à-Pitre, de Nevers et de Brest. En 2002, il devient premier président de la cour d'appel de Limoges et, en 2007, de la cour d'appel de Bordeaux. Nommé à la Cour de cassation, en 2009, il exerce les fonctions de président de chambre, directeur du service de documentation, des études et du rapport avant de devenir président de la chambre criminelle. Bertrand Louvel a été nommé Premier président de la Cour de cassation en juillet 2014. À ce titre, il préside la formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature ainsi que celle compétente à l'égard des magistrats du siège. Il est aussi président du conseil d'administration de l'École nationale de la magistrature.

---

Monsieur le vice-président,  
Monsieur le procureur général,  
Mesdames et Messieurs les présidents,  
Mes chers collègues,  
Mesdames, Messieurs,

La Cour de cassation et le Conseil d'État ont désormais inscrit dans leurs relations l'usage des regards croisés. Regards sur des questions importantes et transversales intéressant à la fois le juge judiciaire et le juge administratif.

Cet usage est né récemment, lorsqu'un colloque a saisi l'occasion du dixième anniversaire de la loi du 4 mars 2002<sup>1</sup> pour se pencher sur le thème suivant : *Santé et justice : quelles responsabilités ?*<sup>2</sup>

Le succès de cette première manifestation commune a permis, deux ans plus tard, l'organisation d'une deuxième rencontre consacrée à *la sanction*<sup>3</sup>.

---

1 Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (dite loi « Kouchner »).

2 Conseil d'État, Droits et Débats n° 7, *Santé et justice : quelles responsabilités ?*, éd. La documentation Française, Paris, 2013.

3 Conseil d'État, Droits et Débats n° 13, *La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, éd. La documentation Française, Paris, 2015.

Puis, en 2015, les débats qui se sont déroulés au Conseil d'État ont porté sur *l'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté* ?<sup>4</sup>

C'est donc aujourd'hui une quatrième rencontre de partages et d'échanges que nous consacrons à *l'ordre public*.

Notion omniprésente dans le droit public et le droit privé, à laquelle la Cour de cassation a consacré l'étude de son rapport 2013<sup>5</sup>.

Cependant, la simple consultation des dictionnaires juridiques permet de constater la complexité de la notion d'ordre public. Elle ne se laisse pas facilement enfermer dans une géométrie simple et sa définition est malaisée.

Les civilistes conçoivent l'ordre public au regard de l'article 6 du code civil comme une norme impérative, parce que protégeant une valeur fondamentale à laquelle les conventions particulières ne peuvent pas déroger sous peine de nullité. Le doyen Carbonnier le percevait classiquement comme « *une présence : la présence d'un être moral, le peuple, la société, l'État, dans l'espace ouvert à la liberté des contrats* ».

Les publicistes se réfèrent surtout à l'ordre public pour définir les pouvoirs de police exercés par les autorités administratives en vue du maintien, précisément, de l'ordre public. Définition donnée dès la loi du 5 avril 1884<sup>6</sup> à la police municipale : « *la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques* ».

La police administrative se distingue ainsi classiquement de la police judiciaire<sup>7</sup> dont la mission est, selon l'article 14 du code de procédure pénale, de « *constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte* ».

C'est bien en effet du maintien de l'ordre dont il est ici question dans cet ordre public de l'État. L'individu est subordonné à cet ordre public dit « de direction » comme il est subordonné à l'État.

Par ailleurs, si la définition de l'ordre public varie, il en est de même de son origine.

La loi peut s'auto-déclarer impérative ou d'ordre public, afin notamment de ne pas permettre aux parties de déroger à une protection légalement instituée. Cet ordre public dit « de protection » a connu une évolution importante, particulièrement en matière économique et sociale ; il a peu à peu imprégné le droit de la consommation, le droit des baux, le droit du travail, etc. Il agit alors dans un souci de rétablissement de l'équilibre contractuel, pour protéger une partie préjugée plus vulnérable.

---

4 Conseil d'État, Droits et Débats n° 18, *L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? - Le regard croisé du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, éd. La documentation Française, Paris, 2016.

5 Cour de cassation, *Rapport annuel 2013*, éd. La documentation Française, Paris, 2014.

6 Termes repris par l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales.

7 Cf. notamment sur cette question : CE, 11 mai 1951, *Consorts Baud*, n° 2542 ; TC, 7 juin 1951, *Dame Noualek*, n° 1.316 ; TC, 5 décembre 1977, *Demoiselle Motsch*, n° 02060.



Mais cette protection légale, d'abord catégorielle, s'est étendue peu à peu à la population entière pour la défendre contre les actes présentant une nuisance pour tous, par exemple en matière de santé ou d'environnement.

Toutefois, le développement de cet ordre public de protection générale n'est pas seulement issu de la loi. Il est également le fait du juge – judiciaire, administratif ou constitutionnel – qui érige lui-même en principes généraux des valeurs sociales latentes et en mouvement. Ainsi en est-il, par exemple, du respect de la dignité de la personne humaine, appelé à connaître de vastes développements depuis l'arrêt du Conseil d'État, *Commune de Morsang-sur-Orge*<sup>8</sup>.

Ainsi, à côté d'un ordre public classique de l'État, destiné à sa propre protection, se développe un ordre public de l'individu, entendu isolément ou collectivement, qui s'éloigne de la conception traditionnelle attachée à préserver l'ordre établi, pour appréhender la défense des libertés individuelles devenues centrales dans le nouvel ordre public démocratique, ordonné toujours plus autour des droits de la personne face à ceux de l'État.

L'évolution de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui est à cet égard emblématique. Après avoir refusé la transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une convention de gestation pour autrui<sup>9</sup>, au nom de l'ordre public d'État, la jurisprudence, entraînée par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>10</sup>, a condamné l'atteinte que cet ordre public d'État portait aux droits de l'enfant à sa vie privée. Le Conseil d'État<sup>11</sup>, suivi par la Cour de cassation<sup>12</sup>, admettent désormais que la convention de gestation pour autrui ne constitue pas un obstacle à la transcription de l'acte de naissance.

Cet exemple illustre le rôle fondamental qu'exerce, dans l'évolution de l'ordre public, la Cour européenne des droits de l'homme. Ce rôle s'exprime notamment dans le droit de la presse qui sera abordé au cours des débats de ce colloque. Le juge européen bouscule les limites traditionnelles de la liberté d'expression dès lors qu'un débat d'intérêt général est en cause et qu'il ouvre, à lui seul, un droit à l'information qui s'impose comme une composante nouvelle fondamentale de ce nouvel ordre public opposé aux ingérences de l'État<sup>13</sup>. S'inscrivant dans ce mouvement, la Cour de cassation a, par un arrêt de l'assemblée plénière du 16 décembre 2016<sup>14</sup>, fait prévaloir cette conception nouvelle en admettant le droit de l'avocat à critiquer le fonctionnement de l'institution judiciaire, à l'occasion d'une affaire où les propos critiqués « *portaient sur un sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national et reposaient sur une base factuelle suffisante* ».

8 CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727.

9 C. cass., 1<sup>er</sup> Civ., 6 avril 2011, pourvois n°s 09-66.486, 10-19.053 et 09-17.130.

10 CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11 ; CEDH, 26 juin 2014, *Labassee c. France*, n° 65941/11.

11 CE, 12 décembre 2014, n° 365779.

12 C. cass., Ass. plén., 3 juillet 2015, pourvois n°s 14-21.323 et 15-50.002.

13 Cf. par exemple : CEDH, 11 décembre 2003, *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche*, n° 39069/97 ; CEDH, Gde ch., 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France*, n° 40454/07.

14 C. cass., Ass. plén., 16 décembre 2016, pourvoi n° 08-86.295.

La Cour européenne des droits de l'homme organise ainsi elle-même la confrontation des deux ordres publics, celui de l'État et celui de l'individu, à travers la notion de *proportionnalité* qui opère à la manière d'une ligne de partage.

C'est la notion de proportionnalité qui permet en effet, désormais, de mesurer le champ des atteintes légitimes aux libertés par l'ingérence de l'ordre public de l'État, ainsi que l'a clairement énoncé récemment le Conseil d'État dans une décision du 26 août 2016 à propos du burkini<sup>15</sup>.

Cependant, on aurait tort d'analyser le mouvement de promotion de l'ordre public individuel comme limitant la protection de l'ordre public général.

En réalité, il s'opère un transfert de domaine de cet ordre public général.

Ainsi, l'apologie du terrorisme a quitté la matière du droit de la presse pour intégrer le code pénal<sup>16</sup>, marquant la sortie de ce phénomène du champ de la liberté d'expression pour intégrer celui de la protection sociale.

Cette protection de la nation contre les atteintes qui sont portées à sa sécurité renforce l'ordre public de l'État en freinant le développement sans limite d'un ordre public protecteur des droits et des libertés individuels.

Il apparaît ainsi qu'en matière d'ordre public, il s'est établi un équilibre instable. Équilibre de notions, équilibre de droits, équilibre de valeurs protégées. Il revient au juge, gardien des droits et libertés individuels, le devoir d'assurer, en fonction des circonstances, l'équilibre juste dans un contexte donné de l'évolution sociale grâce au levier que lui fournit le contrôle de proportionnalité. Le Conseil constitutionnel vient de le rappeler dans une décision du 10 février 2017<sup>17</sup>, portant sur une question prioritaire de constitutionnalité transmise par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Il a déclaré contraire à la Constitution un texte du code pénal<sup>18</sup> créant un délit de consultation habituelle de sites Internet terroristes, en ce que ses dispositions portaient une atteinte disproportionnée à la liberté de communication<sup>19</sup>.

De la sorte, aujourd'hui plus que jamais, le juge doit tenir avec précaution entre ses mains la balance mouvante de la justice. Le thème que vous avez choisi de traiter s'inscrit bien de cette manière au cœur de la problématique et de l'actualité judiciaire. Je souhaite donc à cette journée d'échanges le plein succès qu'elle mérite.

---

15 CE, ordonnance du 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres - association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*, n<sup>os</sup> 402742 et 402777.

16 Article 421-2-5 du code pénal.

17 C. cass., Crim., 29 novembre 2016, pourvoi n<sup>o</sup> 16-90.024.

18 Article 421-2-5-2 du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi n<sup>o</sup> 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

19 CC, décision n<sup>o</sup> 2016-611, QPC du 10 février 2017.



## Jean-Claude Marin

*Procureur général près la Cour de cassation*

Nommé, en 1977, substitut puis premier substitut près le tribunal de grande instance de Pontoise, Jean-Claude Marin a ensuite occupé les fonctions de chef du service juridique et de secrétaire général de la commission des marchés à terme de marchandises (1985-1988). Premier substitut, puis chef de la section financière du parquet du tribunal de grande instance de Paris, il devient, en janvier 1995, procureur de la République adjoint en charge de la division économique et financière, et contribue à la création du pôle financier auprès de cette juridiction. Nommé le 2 mai 2001 avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, puis directeur des affaires criminelles et des grâces au ministère de la justice en août 2002, il devient procureur de la République de Paris de 2004 à 2011, avant d'occuper les fonctions de procureur général près la Cour de cassation depuis le 16 septembre 2011. Président de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente pour les magistrats du Parquet, procureur général en charge du ministère public près la Cour de justice de la République et vice-président du conseil d'administration de l'École nationale de la magistrature, Jean-Claude Marin est par ailleurs membre du conseil d'administration de l'Agence publique pour l'immobilier de la justice. Ancien professeur associé à l'université de Paris-Dauphine, Jean-Claude Marin a été chargé de conférences à Sciences Po.

---

Une nouvelle fois, à l'initiative du Conseil d'État et du parquet général de la Cour de cassation, les deux juridictions suprêmes des ordres administratif et judiciaire se sont associées pour organiser un colloque commun, sur un thème partagé.

Après les colloques consacrés successivement à *la santé*, à *la sanction*, puis à *l'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international*, nous abordons ensemble, en 2017, le thème de *l'ordre public*.

Expression du dialogue si utile entre nos juridictions, cette rencontre traduit les liens forts et permanents qui unissent nos Cours, tant nos deux ordres sont unis dans une même fonction cardinale qui est celle de Justice.

M. le vice-président, permettez-moi de vous remercier de l'accueil que vous avez bien voulu réserver aux magistrats de la Cour, notamment lors des réunions préparatoires à cette manifestation qui se sont tenues au Palais-Royal et que j'ai eu le plaisir d'animer avec Mme la présidente Maryvonne de Saint Pulgent.

Mes remerciements s'adressent également à l'ensemble des personnalités qui ont accepté d'intervenir au cours de ce colloque, et particulièrement à M. Dominic Grieve, ancien *Attorney General* d'Angleterre et du Pays de Galles, mais aussi aux membres du comité de pilotage des services de nos deux institutions, qui ont œuvré pour que cette manifestation se tienne dans les meilleures conditions.

\*\*\*

À l'orée de ce propos, comment ne pas se tourner ici vers Portalis pour qui « *Le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême* »<sup>20</sup>.

Cette formule, tel un axiome, prononcée il y a plus de deux siècles, a conservé son intensité et semble n'avoir rien perdu de son actualité.

L'expression « ordre public » s'est imposée en même temps que s'est édifié un monument législatif qui a marqué l'évolution du droit.

En effet, jusqu'à l'adoption du code civil, on parlait plutôt de « droit public » ou de « loi publique » pour désigner l'instrument par lequel était assurée la protection des valeurs fondamentales constituant le socle d'une communauté politique.

Le choix, par les auteurs du code civil, de la formule « ordre public », participait de la vision autoritaire, notamment défendue par Portalis, des rapports entre l'État et la société, mais révélait aussi, par anticipation, la place prépondérante qu'elle allait prendre dans notre système politique et juridique.

L'émergence de l'ordre public administratif et l'avènement de l'ordre public constitutionnel en sont la parfaite illustration. Pourtant, l'étude du concept, consubstantiel à l'État comme forme politique spécifique, n'est pas seulement l'apanage des publicistes.

L'ordre public relève aussi du droit civil<sup>21</sup> et du droit pénal, droit de l'ordre public par excellence. De même, le concept d'ordre public dépasse l'entité étatique *stricto sensu* et ne saurait en effet être envisagé sans prendre en compte la pluralité des environnements normatifs dans lesquels il évolue.

Sa dimension supranationale, à travers le droit européen et le droit international auxquels notre droit est assujéti, est devenue essentielle. Par ailleurs, la variété des domaines dans lesquels il se développe renforce sa dimension hétéroclite.

Il existe ainsi un ordre public économique, comme il existe un ordre public financier, un ordre public social, voire un ordre public écologique.

Toutefois, au-delà de la diversité de ses sources et de ses manifestations, ne devrait-on pas parler *des* ordres publics, et non *de* l'ordre public ?

Mais, quoi qu'il en soit, la nécessité impérieuse de l'ordre public lui assure une place particulière dans notre système juridique, qui explique en partie son « impérialisme » dans le discours juridique contemporain.

En effet, si le thème est récurrent – la Cour de cassation lui avait notamment consacré l'étude de son rapport annuel en 2013<sup>22</sup> –, il reste inépuisable, car entouré de difficultés conceptuelles constantes, tant la notion paraît indéterminée, insaisissable, voire changeante.

20 Jean-Etienne-Marie Portalis (1746-1807), *Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil*, publiés par le vicomte Frédéric Portalis, éd. Joubert, Librairie de la Cour de cassation, Paris, 1844, p. 160.

21 L'article 6 du code civil dispose : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

22 Cour de cassation, *Rapport annuel 2013*, éd. La documentation Française, Paris, 2014.



À cet égard, Josserand pouvait très justement affirmer que « *les notions d'ordre public sont aussi vagues que fondamentales* »<sup>23</sup>.

Cette affirmation, qui s'impose comme le point de départ de toute réflexion scientifique sur le sujet, met aussi l'accent sur la fonction éminente du concept : l'ordre public remplit toujours une fonction de structuration et de maintien de l'organisation sociale, protégeant à la fois l'individu, y compris contre lui-même, et la collectivité tout entière.

Il reste que la notion d'ordre public offre des potentialités illimitées. L'ordre public est mouvant, façonné par le législateur et par le juge, et modelé par les évolutions des systèmes politiques et juridiques dans lesquels il s'épanouit.

Ce constat explique aussi largement l'attrait qu'il continue de susciter et, pour reprendre l'intitulé de ce colloque, l'intérêt de « regards croisés » de nos deux ordres juridiques.

Les questions qu'il pose sont en effet multiples.

Ainsi l'ordre public, caractérisé par le triptyque traditionnel – sécurité, salubrité et tranquillité publiques<sup>24</sup> – ne se limite plus, selon la formule d'Hauriou<sup>25</sup>, à un ordre « *matériel et extérieur* », ou selon celle de Bernanos, à « *l'ordre dans la rue* », conception qu'il trouvait d'ailleurs « *hideuse* »<sup>26</sup>. Il s'est progressivement élargi à des éléments que la doctrine qualifie volontiers d'immatériels.

Moralité publique, dignité de la personne humaine<sup>27</sup> et valeurs essentielles de la société française<sup>28</sup> trahissent l'élargissement de la notion d'ordre public.

Si l'on considère que la société n'est pas réductible aux individus qui la composent, l'ordre public immatériel peut aussi être considéré comme un ordre public sociétal dans lequel les individus ont, non seulement, des droits, mais sont aussi débiteurs

---

23 Josserand, cité in P. Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*, thèse, Montpellier, 1959, éd. LGDJ, Paris, 1962, p. 3.

24 Il s'agit du sens traditionnel de l'ordre public, défini à l'article L. 2212-2 du code général de l'activité territoriale, et reconnu tant par le juge administratif que par le Conseil constitutionnel (CC, décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, loi pour la sécurité intérieure).

25 M. Hauriou (1856-1929) estimait que l'ordre public se résume à « *l'ordre matériel et extérieur considéré comme un état de fait opposé au désordre, état de paix opposé à l'état de trouble* ». Selon lui, « *pour la police, mérite d'être interdit tout ce qui provoque du désordre, mérite d'être protégé ou toléré tout ce qui n'en provoque point (...)* ». M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit administratif*, éd. Sirey, Paris, 1933, p. 549.

26 G. Bernanos (1888-1948), dans *Les grands cimetières sous la Lune*, écrit : « *Il y a une solidarité des hommes d'ordre. Je ne la déplore pas. Je déplore qu'elle se soit constituée sur une équivoque inhumaine, sur une conception hideuse de l'ordre – l'ordre dans la rue. Nous connaissons cette espèce d'ordre depuis l'enfance. C'est l'ordre des pions* ».

27 CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727. Dans ce célèbre arrêt, le Conseil d'État érige en une composante de l'ordre public le respect de la dignité humaine, indépendamment de toute circonstance locale particulière.

28 CE, srr, 27 novembre 2013, *Aberkane*, n° 365587. Dans cet arrêt, le Conseil d'État a estimé justifié le décret s'opposant à l'acquisition de la nationalité française, pour défaut d'assimilation, par une personne qui « *refuse d'accepter les valeurs essentielles de la société française et notamment l'égalité entre les hommes et les femmes* ».



d'obligations envers la société, parmi lesquelles figurent les exigences minimales de la vie en société<sup>29</sup>.

Par ailleurs, l'immatérialité de l'ordre public nous invite à nous interroger sur le sens que cette notion revêt dans notre société contemporaine où une partie de nos rapports sociaux sont dématérialisés.

Comme le remarque le professeur Delvové, « *l'immatériel s'insère dans l'ordre public, il peut en être l'objet, plus encore, il en est constitutif* »<sup>30</sup>.

S'agissant de l'ordre public social, il faudra évidemment évoquer les bouleversements qui ont affecté, ces dernières années, l'organisation hiérarchique des normes par la volonté de contractualiser le droit du travail et de privilégier, dans cet élan, les accords de niveau inférieur, telles les conventions collectives et les accords d'entreprise, y compris *in defavorem* ou accords dérogatoires.

L'ordre public économique se limite-t-il au seul ordre concurrentiel et, dans la mondialisation, peut-on encore le concevoir dans le cadre de l'État, voire de l'Union européenne ?

Trop souvent restreint à la concurrence dans le discours juridique sur l'économie de marché, l'ordre public économique doit encore devenir mondial et il paraît nécessaire, dans notre économie désormais globalisée, que l'État et l'Union européenne puissent trouver des relais sur la scène internationale pour assurer une protection plus efficace de l'ordre public économique.

Quelles sont, enfin, dans le pluralisme des systèmes juridiques et la superposition des normes, les interactions et les influences entre le droit européen, d'une part, et le droit français, d'autre part, quant à la conception et au contenu de l'ordre public ?

Ne faut-il pas dépasser la vision d'un ordre public communautaire centré sur la sauvegarde des principes nécessaires à l'intégration économique, sous peine de méconnaître l'évolution du concept, mais aussi l'extension des objectifs assignés à l'Union européenne ?

Le maintien de l'ordre public national, manifestation de la souveraineté de l'État, est-il véritablement une compétence réservée des États membres, comme cela est souvent présenté ?

En effet, l'étude du droit de l'Union européenne et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne montre que, si la préservation de l'ordre public constitue encore une mission fondamentale des États membres, l'invocation de cet ordre public national comme exception à l'exercice des libertés conférées par les traités est interprétée de manière stricte par la Cour de Justice.

<sup>29</sup> CC, décision n° 2010-613 du 7 octobre 2010, concernant la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Le Conseil constitutionnel ne s'est pas borné à mentionner le danger pour la sécurité publique que peuvent constituer les pratiques de dissimulation du visage, déclarant qu'elles « *méconnaissent les exigences minimales de la vie en société* ».

<sup>30</sup> P. Delvové, « L'ordre public immatériel », in *Revue française de droit administratif*, 2015, p. 890 et suiv.





C'est pourquoi, il faut sans doute s'interroger sur les effets de l'encadrement de l'ordre public, c'est-à-dire sur la pertinence et sur la qualité des moyens mis en œuvre par les États pour le préserver.

\*\*\*

Les questions, nous le voyons, sont multiples, mais à travers elles la dimension éminemment actuelle de l'ordre public se pose avec évidence. Il n'aura échappé à personne que nous vivons désormais dans un véritable « climat d'ordre public », amplifié depuis deux ans par les attentats qui ont frappé la France et ses voisins.

La menace terroriste nécessite, en même temps qu'elle les justifie, des mesures de police – perquisitions administratives ou assignations à résidence – nécessairement attentatoires aux droits et aux libertés. Depuis sa déclaration, l'état d'urgence a été prorogé à trois reprises par des lois successives qui confient le contrôle de ces mesures au juge administratif, devenu juge naturel de cet état d'exception.

Considérer que le juge administratif ne serait pas protecteur des droits fondamentaux n'a aucun sens, tant ce dernier a su construire – et c'est là tout son talent – un droit administratif équilibré entre la protection de l'intérêt général et la protection des droits des individus. Le récent renvoi au Conseil constitutionnel, par le juge des référés du Conseil d'État, d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) portant sur le dispositif prévu par la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, en témoigne<sup>31</sup>.

En outre, l'ordre public ne peut s'imposer que dans la limite du principe de proportionnalité, que le juge administratif met en œuvre dans le cadre d'un contrôle attentif et minutieux des mesures de police qui lui sont soumises, notamment au moyen du référé-liberté dont chacun connaît le succès<sup>32</sup>.

Dans le même temps, l'action judiciaire garde évidemment toute sa légitimité et son efficacité, celle-ci ayant même été confortée par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ; loi qui illustre d'ailleurs la complémentarité des polices administrative et judiciaire.

Depuis deux ans, les lignes ont sans aucun doute bougé. Le regard sur l'ordre public a changé. S'il s'est longtemps organisé autour d'un face-à-face entre l'État et la société, l'ordre public traduit aussi, aujourd'hui, la quête par nos concitoyens, dans un monde dont ils perçoivent les menaces, d'une protection supérieure par une intervention étatique préservant la sécurité de chacun, mais aussi les valeurs républicaines qui fondent notre pacte social.

Par-delà sa conception classique, c'est aujourd'hui un « ordre public républicain » qui semble s'imposer pour préserver l'idée du « vivre-ensemble ».

31 CE, ordonnance du 16 janvier 2017, *M. A.*, n° 406614.

32 CE, ordonnance du 22 janvier 2016, *M. B.*, n° 396116, dans laquelle le juge des référés du Conseil d'État suspend une mesure d'assignation à résidence insuffisamment justifiée.



Cette approche axiologique ne doit toutefois pas nous éloigner de certaines interrogations juridiques légitimes.

Selon certains esprits, le droit serait nécessairement faible face à l'état d'urgence, tant ce régime, doté de pouvoirs exceptionnels, relèverait du fait politique. C'est cependant oublier que l'organe déterminant reste le juge – je veux dire les juges –, et l'institution essentielle, la loi ; tous deux composantes fondamentales de l'État de droit.

La réflexion sur le risque de voir se pérenniser des mesures de haute police, soulevée tant par le Conseil d'État que par la Cour de cassation, doit dès lors se poursuivre. La menace terroriste est certes imminente, la sécurité des Français obsédante, mais l'état d'urgence doit demeurer un état temporaire et ponctuel, justifié par les circonstances et les faits.

Arrivé au terme de ces propos, il me paraît encore nécessaire de défendre la nécessité de l'ordre public, en tant qu'intérêt supérieur de la société et de l'État. Comme l'écrivait Chateaubriand<sup>33</sup> : « *De deux hommes égaux en génie, dont l'un prêche l'ordre et l'autre le désordre, le premier attirera le plus grand nombre d'auditeurs* »<sup>34</sup>.

Si ces mots trouvent, en ces temps troublés, une résonance particulière et révèlent le rôle fédérateur de l'ordre public, c'est sans doute parce qu'il constitue ce que le professeur Guillaume Drago appelle l'« *horizon de l'État légal* »<sup>35</sup>. L'horizon décrit la ligne séparant le ciel de la terre, comme l'ordre public distingue ce qui est permis de ce qui est interdit. Ligne de séparation certes, mais aussi ligne de rencontre, à l'instar de l'ordre et de la liberté qui ne peuvent pas être dissociés.

Parler de l'un, c'est nécessairement évoquer l'autre, car si l'ordre public peut être un instrument de restriction des libertés, il est aussi, et nécessairement, celui de leur garantie.

---

33 François-René de Chateaubriand (1768-1848), homme politique, académicien et écrivain français.

34 F.-R. de Chateaubriand, *Mémoires d'Outre-tombe*, éd. Gallimard, bibl. de la Pléiade, Paris, 1952, Tome II, Livre quarante-troisième, chap. 7, p. 892.

35 Cour de cassation, *Rapport annuel 2013*, éd. La documentation Française, Paris, 2014, p. 91.



## Jean-Marc Sauvé

*Vice-président du Conseil d'État*

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris (1970) et titulaire d'une maîtrise de sciences économiques (1971), Jean-Marc Sauvé est ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA, 1975-1977). Il rejoint le Conseil d'État en 1977 comme auditeur, avant d'exercer des responsabilités à l'extérieur du Conseil d'État, comme conseiller technique au cabinet du garde des sceaux, ministre de la justice (1981-1983), directeur de l'administration générale et de l'équipement au ministère de la justice (1983-1988), directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'intérieur (1988-1994), préfet de l'Aisne (1994-1995) et secrétaire général du Gouvernement (1995-2006). Jean-Marc Sauvé est, depuis le 3 octobre 2006, vice-président du Conseil d'État. À ce titre, il préside le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et le Conseil d'administration de l'ENA. Il a également été président du conseil d'administration de l'Académie de France à Rome (Villa Médicis) de 1999 à 2008, membre du conseil d'administration du Musée du Louvre (2002-2008) et président de la commission pour la transparence financière de la vie politique (2006-2013). Il a présidé, de mars 2010 à février 2018, le comité prévu par l'article 255 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, chargé de donner un avis sur l'aptitude des candidats à l'exercice des fonctions de juge et d'avocat général à la Cour de justice et au Tribunal de l'Union européenne.

---

Monsieur le Premier président,  
Monsieur le procureur général,  
Monsieur l'*Attorney General*,  
Mesdames et Messieurs les professeurs,  
Mesdames et Messieurs les avocats,  
Mesdames et Messieurs,

L'ordre public, « *nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert* »<sup>36</sup>. Cet avertissement du professeur Malaurie est, à n'en pas douter, présent dans nos esprits, alors que nous allons tenter aujourd'hui de le démentir dans le cadre de ce colloque. Nous nous efforcerons en effet d'appréhender cette notion, de mieux la définir et d'en analyser la ou plutôt les fonctions. Comme souvent lorsque les définitions sont malaisées ou controversées et que les concepts se font insaisissables, un retour aux principes fondamentaux s'impose. Et quoi de plus fondamental que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ?

À la source de la pensée révolutionnaire s'affirme un principe essentiel : chaque être humain doit pouvoir vivre, agir et exercer ses droits en toute liberté<sup>37</sup>.

---

36 P. Malaurie cité par M. Gautier dans « L'ordre public », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, éd. Dalloz, Paris, 2010, p. 317.

37 « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. (...)* » (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, article 1<sup>er</sup>).

Si, dans ce cadre, la régulation de la vie sociale doit, en théorie, reposer sur le libre jeu des relations entre personnes<sup>38</sup>, l'Assemblée constituante avait compris que cet idéal libéral ne pouvait pas s'exercer sans limites<sup>39</sup>. Or, pour éviter que l'exercice illimité de la liberté de chacun ne menace celle des autres et, par suite, l'ordre social dans son ensemble<sup>40</sup>, il appartient à l'État d'assurer la sauvegarde d'un ordre respectueux des droits et des libertés de tous<sup>41</sup>. C'est dans cet équilibre que s'inscrit l'ordre public, cet « *état dans lequel les libertés s'exercent le mieux* »<sup>42</sup> et qui représente les « *exigences fondamentales du contrat social, implicites et permanentes* »<sup>43</sup>. En droit public, l'ordre public est donc une notion essentiellement fonctionnelle<sup>44</sup> : l'État doit assurer un ordre minimal, afin de garantir l'exercice paisible des droits et des libertés de chacun<sup>45</sup>.

Mais, sous cette affirmation, le doute affleure, car le maniement du concept d'ordre public révèle rapidement sa polysémie et, à tout le moins, sa dualité<sup>46</sup>. En effet, deux conceptions émergent qui, si elles se recoupent en certains points, ne se superposent pas complètement. D'une part, l'ordre public est assimilé aux buts de la police administrative dont l'objectif essentiel est précisément de le sauvegarder (1). D'autre part, à cette conception « classique » de l'ordre public, s'ajoute une conception élargie et diversifiée d'un ordre public qui rassemble les règles fondamentales ou impératives qui assurent la satisfaction de l'intérêt général *lato sensu*. Car si l'ordre public est inséparable d'une certaine conception des exigences de la vie sociale pouvant conduire à restreindre des libertés et des droits individuels, il est aussi plus largement indissociable d'une certaine vision du bien commun, des buts essentiels que notre société s'assigne et, par suite, des règles indérogables qui en résultent (2).

---

38 E. Picard, « Police », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. PUF, Paris, 2003, p. 1164.

39 « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* » (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, article 4).

40 J. Petit, « La police administrative », in P. Gonod, F. Melleray, et P. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome 2, éd. Dalloz, Paris, 2011, p. 6.

41 Voir à cet égard l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* » et l'article 12 de cette Déclaration : « *La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée* ».

42 B. Seiller, « La notion de police administrative », in *RFDA*, 2015, p. 877.

43 Conseil d'État, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État le 25 mars 2010, pp. 26-27.

44 D. Simon cité par M. Gautier, *op.cit.*, p. 325.

45 J. Petit, « Les ordonnances Dieudonné : séparer le bon grain de l'ivraie », in *AJDA*, 2014, p. 871.

46 Voir, notamment, l'article de F. Terré, « Rapport introductif », in T. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, éd. Dalloz, Paris, 1996, pp. 3-12, et l'article de J. Combacau, « Conclusions générales », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen, 11-12 mai 2000, éd. Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 413-434.

## 1. L'ordre public *stricto sensu* tend à préserver l'harmonie de la cité aux fins de garantir l'exercice effectif des libertés.

### 1.1. Il appartient à la police administrative de sauvegarder cet ordre, fût-ce en restreignant l'exercice des libertés.

Cet ordre public est, en premier lieu, formé d'un ordre « matériel et extérieur »<sup>47</sup> protégé par les pouvoirs de police générale conférés en particulier aux maires aux fins d'assurer « le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques », qui incluent aussi la tranquillité publique<sup>48</sup>. La prévention des troubles à l'ordre public, voire la prévention des infractions<sup>49</sup> – mais ce dernier point est controversé<sup>50</sup> – peuvent ainsi justifier des restrictions aux libertés. Cette composition « classique », extérieure et matérielle, de l'ordre public s'est enrichie d'une composante abstraite et immatérielle plus diverse qui doit être maniée avec précaution. Il a d'abord été admis, sans bien sûr reconnaître l'existence d'un ordre moral déterminé, qu'une certaine conception de la moralité publique puisse faire partie de l'ordre public. Ainsi, certaines activités, comme la projection d'un film ou l'ouverture d'un commerce pornographique, sont susceptibles de troubler l'ordre public en raison, et seulement dans ce cas, de circonstances locales particulières<sup>51</sup>. Cette conception de l'ordre public a toutefois un champ d'application limité, la jurisprudence ayant toujours écarté l'idée d'« un ordre moral dans les idées », un tel ordre revenant à verser dans « l'inquisition et l'oppression des consciences », selon les mots du doyen Hauriou<sup>52</sup>, pourtant peu suspect de laxisme. L'ordre public immatériel, qui peut aussi se doubler de troubles matériels et objectifs à la sécurité publique, s'est en dernier lieu élargi à la sauvegarde des valeurs et des principes « consacrés par la

47 M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10<sup>ème</sup> édition, 1921, p. 471, cité par B. Seiller dans « La notion de police administrative », *op.cit.*

48 Voir notamment la loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale dont les dispositions ont été reprises à l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales.

49 Dans l'ordonnance du 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. société « Les Productions de la Plume »* et M. Dieudonné M'Bala M'Bala, n° 374508, le Conseil d'État s'est notamment fondé sur la nécessité de prévenir la commission d'une infraction pénale. Les ordonnances des 10 et 11 janvier 2014 relatives au même spectacle n'ont pas repris cette partie de la motivation (CE ord., 10 janvier 2014, n° 374528, et CE ord., 11 janvier 2014, n° 374552). Cette motivation a ensuite été précisée dans la décision CE, 9 novembre 2015, *Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et autres*, n° 376107 relative à la circulaire du ministre de l'intérieur portant sur la « Lutte contre le racisme et l'antisémitisme – manifestations et réunions publiques – spectacles de M. Dieudonné M'Bala M'Bala ».

50 Voir notamment l'article de J. Petit, *op.cit.*

51 CE, sect., 18 décembre 1959, *Société « Les films Lutetia » et syndicat français des producteurs et exportateurs de films*. La notion de circonstances locales a été précisée dans les arrêts relatifs au film *Liaisons dangereuses* (CE, Ass., 19 avril 1963, Rec., p. 227) : les circonstances locales peuvent ainsi être caractérisées par un nombre exceptionnellement élevé d'établissements scolaires dans une commune, les protestations émanant de milieux locaux divers ou l'attitude de diverses personnalités représentant ces milieux. Voir également l'arrêt CE ord., 8 juin 2005, *Commune de Houilles*, n° 281084 : l'interdiction d'ouverture d'un « sex-shop » à proximité d'équipements destinés à la jeunesse a été jugée légale sur ce fondement.

52 M. Hauriou cité par B. Stirn dans « Ordre public et libertés publiques », in *L'ordre public*, éd. Dalloz, Paris, 2015, p. 9. La ligne de partage peut cependant s'avérer difficile à tracer. Ainsi, dans CE, 7 novembre 1924, *Club indépendant chalonais*, le Conseil d'État admet la légalité d'un arrêté municipal interdisant les combats de boxe au nom de l'hygiène morale. En revanche, le Conseil d'État s'est refusé à reconnaître un ordre public esthétique (CE, sect., 18 février 1972, *Chambre syndicale des entreprises artisanales du bâtiment de Haute-Garonne*, n° 77277).

*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine* »<sup>53</sup> au nombre desquels figure le respect de la dignité de la personne humaine<sup>54</sup>. L'apologie de la Shoah porte ainsi atteinte à l'ordre public<sup>55</sup>. Il en irait sans doute de même pour l'apologie de la torture. Sans être fondamentalement différente dans sa nature, cette dernière composante se distingue des autres dimensions de l'ordre public par le fait qu'elle ne requiert pas l'existence de circonstances locales particulières pour justifier la restriction d'une liberté<sup>56</sup>. C'est la raison pour laquelle elle doit être maniée avec une particulière prudence.

Le risque de troubles à l'ordre public, pris dans sa dimension matérielle ou immatérielle, justifie l'édition de mesures restreignant l'exercice de certains droits ou libertés afin de garantir, dans la sphère publique, la permanence d'un ordre lui-même envisagé comme nécessaire à leur effectivité, et ce y compris lorsqu'il s'agit de protéger les individus contre eux-mêmes<sup>57</sup>. L'ordre public et la protection des libertés et des droits fondamentaux doivent dès lors se comprendre en miroir<sup>58</sup>, le premier n'étant pas le « *tombeau* » des secondes, mais au contraire « *leurabri même* »<sup>59</sup>. Les jurisprudences constitutionnelle<sup>60</sup> et européenne<sup>61</sup> reconnaissent, elles aussi, que la sauvegarde de l'ordre public, objectif de valeur constitutionnelle ou motif légitime prévu par la loi dans une société démocratique, autorise des restrictions ponctuelles à certaines libertés, en particulier afin de préserver leur effectivité globale<sup>62</sup>. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne admet, sur le fondement des stipulations des traités, la possibilité pour les États membres de

---

53 CE ordonnance, 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. société « Les Productions de la Plume » et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374508.

54 La dignité de la personne humaine a été reconnue comme composante de l'ordre public par la décision CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727.

55 Dans les affaires *Dieudonné* il était reproché à l'humoriste de tenir, dans l'un de ses spectacles, des propos antisémites incitant à la haine raciale et faisant l'apologie des « *discriminations, persécutions et exterminations perpétrées au cours de la seconde guerre mondiale* » (CE ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. société « Les Productions de la Plume » et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374508).

56 La dignité de la personne humaine est en effet un « *concept absolu* » qui ne « *saurait s'accommoder de quelconques concessions* » en fonction notamment de considérations locales ou subjectives, ainsi que le rappelait P. Frydman dans ses conclusions dans l'affaire *Morsang-sur-Orge* (CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *op. cit.*).

57 CE, 4 juin 1975, *Bouvet de La Maisonneuve*, n° 92161 s'agissant du port obligatoire de la ceinture de sécurité en voiture. Il faut également souligner que dans l'affaire *Morsang-sur-Orge*, le requérant était l'un des nains embauchés par la société de spectacle pour être jeté par les spectateurs. Il estimait notamment qu'on ne pouvait pas lui interdire d'user de son corps à sa convenance.

58 B. Stirn, *op. cit.*, p. 6.

59 E. Picard, *op. cit.*, p. 1168.

60 CC, décision n° 86-211 DC du 26 août 1986, *loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, pt. 3. La sauvegarde de l'ordre public constitue un objectif de valeur constitutionnelle (CC, décision n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, *loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, pt. 12 ; CC, décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, pt. 16).

61 La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit aussi la possibilité de restreindre l'usage de certains droits ou libertés pour des motifs de préservation de l'ordre public (par exemple, les articles 8, 9, 10 et 11 autorisent les États à restreindre ou à limiter l'usage des droits qu'ils consacrent notamment pour des motifs de sécurité nationale, de sûreté publique, de défense de l'ordre et de protection de la santé ou de la morale). Par exemple, l'expulsion d'un étranger ayant commis plusieurs infractions ne méconnaît pas l'article 8 de la Convention compte tenu de la gravité des faits reprochés et de l'atteinte particulièrement grave à la sécurité des personnes et des biens et à l'ordre public qu'il fait subir (CEDH, 21 octobre 1997, *Boujifla c. France*, n° 25404/97).

62 E. Picard, *op. cit.*, p. 1164.

restreindre l'exercice des libertés de circulation pour des motifs de préservation de l'ordre public, de la sécurité publique ou de la salubrité publique<sup>63</sup>.

### 1.2. Ces restrictions s'opèrent sous le strict contrôle du juge.

Comme le rappelait le commissaire du Gouvernement Corneille en 1917, « *la liberté est la règle et la restriction de police, l'exception* »<sup>64</sup>. Sous l'influence du droit européen, mais aussi avant même son éclosion et son développement, les mesures restrictives des droits et libertés font par conséquent l'objet d'un strict contrôle de proportionnalité<sup>65</sup> par lequel le juge administratif s'assure qu'elles sont nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi<sup>66</sup>. Ce contrôle très approfondi a été étendu à des domaines jusqu'alors limités au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, notamment la police des publications étrangères avant sa disparition<sup>67</sup>, et celle de l'entrée, du séjour et de l'éloignement des étrangers<sup>68</sup>. L'état d'urgence sur le fondement duquel peuvent être prises des mesures attentatoires aux libertés fondamentales a donné lieu à une extension récente de ce contrôle de proportionnalité<sup>69</sup>, qui ne saurait cependant justifier sa prolongation indéfinie<sup>70</sup>. Ce contrôle a démontré dans cette hypothèse son utilité et sa pertinence. Il s'exerce souvent dans le cadre des procédures d'urgence instaurées devant le juge administratif par la loi du 30 juin 2000<sup>71</sup>, et notamment du référé-liberté<sup>72</sup> qui permet au juge, en cas d'atteinte grave et manifestement

63 Par exemple, les articles 45, 52 et 63 respectivement relatifs à la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux autorisent des restrictions à ces libertés pour des raisons d'ordre public, de sécurité et de santé publiques. Voir CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-376/96, pt. 30. Voir aussi CJCE, 12 juin 2003, *E. Schmidberger*, aff. C-112/00, et CJCE, 14 octobre 2014, *Omega Spielhallen*, aff. C-36/02. Dans ces deux dernières affaires, la Cour juge que l'exercice des libertés de circulation peut faire l'objet d'une restriction pour des motifs de protection de l'ordre public et notamment des droits fondamentaux. Sur ce point, voir l'article de M. Gautier, *op.cit.*

64 Commissaire du Gouvernement Corneille dans les conclusions sous CE, 10 août 1917, *Baldy*, n° 59855.

65 CE, 19 mai 1933, *Benjamin et syndicat d'initiative de Nevers*, n°s 17413 et 17520.

66 CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image e. a.*, n° 317827.

67 En matière de contrôle des publications étrangères, le Conseil d'État a approfondi le contrôle, initialement limité à l'erreur manifeste d'appréciation (CE, Ass., 2 novembre 1973, *Société « Librairie Maspero »*, n° 82590) au profit d'un contrôle normal (CE, sect., 9 juillet 1997, *Association Ekin*, n° 151064), avant l'abrogation de ce régime par le décret du 4 octobre 2004.

68 Ainsi, les motifs ayant justifié l'édiction d'une obligation de quitter le territoire français sont soumis à un contrôle normal (CE, 12 mars 2012, *M. Harounur*, n° 354165), de même que l'existence d'une menace grave à l'ordre public (CE, 17 octobre 2003, *M. Bouhsane*, n° 249183 ; CE, 12 février 2014, *Ministre de l'intérieur c. M. Barane*, n° 365644). Par ailleurs, le respect du droit au respect de la vie privée fait l'objet d'un contrôle de proportionnalité (CE, Ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, n° 107470). L'erreur manifeste d'appréciation n'a toutefois pas disparu du contrôle des mesures de police des étrangers. Voir sur ce point l'article de R. Deau, « Les liens unissant l'erreur manifeste d'appréciation et les contrôles « entiers » en matière de droit des étrangers », in *AJDA*, 2005, p. 1188.

69 CE, sect., 11 décembre 2015, *M. Doumenjoud*, n° 395009, confirmé par CC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*, n° 2015-527 QPC. Voir sur ce point, l'article de P. Gervier, « Concilier l'ordre public et les libertés, un combat continu », in *AJDA*, 2016, p. 2125 qui montre que les mesures prises sur le fondement de l'état d'urgence ont bénéficié du contrôle approfondi de proportionnalité, sans qu'il ne puisse être observé un laxisme accru au profit d'un « ordre public de l'exception ».

70 Le Conseil d'État a eu l'occasion de le rappeler, au contentieux dès 2005 (CE ord., 9 décembre 2005, *Mme Allouache*, n° 287777), puis dans son avis du 2 février 2016 (Avis CE n° 391124) rendu sur la loi prorogeant pour la deuxième fois l'état d'urgence et dans ses avis subséquents, y compris celui du 8 décembre 2016 (Avis CE n° 392427), en soulignant que l'état d'urgence est un « état de crise » par nature limité dans le temps, et qu'il ne peut pas être indéfiniment renouvelé.

71 Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

72 Article L. 521-2 du code de justice administrative.



illégal à une liberté fondamentale<sup>73</sup>, de prendre « *toutes mesures nécessaires à [sa] sauvegarde* ». Les interdictions du spectacle de *Dieudonné*<sup>74</sup>, la prohibition du port du « burkini »<sup>75</sup> ou les assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence ont souligné l'efficacité de ce contrôle.

Cette conception de l'ordre public s'inscrit dans sa finalité même, qui est d'assurer l'exercice effectif des libertés et des droits fondamentaux en garantissant dans la cité les conditions d'une vie sociale propice à leur sauvegarde et à leur épanouissement. L'ordre public ne peut donc pas être placé au même niveau que les libertés, mais il entre avec elles dans un rapport dialectique aux fins de mieux les garantir.

## **2. Au-delà de cette première approche, la notion d'ordre public a un champ et un contenu plus vastes qui embrassent d'autres exigences essentielles de la vie en société.**

### *2.1. Les polices administratives dites « spéciales » illustrent la diversité des objectifs poursuivis au nom de l'ordre public.*

Si certaines d'entre elles poursuivent les mêmes buts que la police générale, en particulier la sécurité publique<sup>76</sup>, d'autres s'inscrivent dans une conception plus large de l'intérêt général. Ainsi, la protection des différentes composantes de l'environnement contre les nuisances et les risques que lui font courir les activités humaines est assurée par de nombreuses polices spéciales qui, même si elles concourent à un objectif global partagé, poursuivent des finalités distinctes. La police des installations classées pour la protection de l'environnement<sup>77</sup> ne saurait en effet être assimilée à la police de l'eau<sup>78</sup> ou à la police des déchets<sup>79</sup>, bien que, dans certaines hypothèses, leurs objectifs puissent se rejoindre<sup>80</sup>. De la même manière, la police de la chasse ne vise pas les mêmes finalités que celles poursuivies par la

---

73 Le Conseil d'État a retenu une définition large des libertés concernées par ce dispositif : liberté d'aller et venir (CE, 9 janvier 2001, *Deperthes*, n° 228928), liberté d'opinion (CE, 28 février 2001, *Casanovas*, n° 229163), droit de mener une vie privée et familiale normale (CE, 30 octobre 2001, *Ministre de l'intérieur c. Mme Tliba*, n° 238211), droit d'asile (CE, 25 mars 2003, *Époux Sulaimanov*, n°s 255237 et 255238), droit au respect de la vie (CE, sect., 16 novembre 2011, *Ville de Paris et Société d'économie mixte PariSeine*, n°s 353172 et 353173), présomption d'innocence (CE, 14 mars 2005, *Gollnisch*, n° 278435).

74 CE ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. société « Les Productions de la Plume » et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374508.

75 CE ordonnance, 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et autre*, n° 402742.

76 Par exemple, la police des immeubles menaçant ruine (art. L. 511-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation) poursuit un objectif de sécurité publique, mais le législateur a estimé qu'elle nécessitait des pouvoirs étendus que la police générale ne permettait pas de déployer.

77 Livre V, Titre I<sup>er</sup> du code de l'environnement.

78 Article L. 211-5 du code de l'environnement.

79 Livre V, Titre IV du code de l'environnement.

80 CE, 17 novembre 2004, *Société générale d'archives*, n° 252514. Voir sur ce point le chapitre de R. Radiguet, « Les polices administratives spéciales de l'environnement, facteur ou frein à une protection globale de l'environnement », in E. Naim-Gesbert et al. (dir), *Figures de la préservation de l'environnement outre-mer*, éd. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, pp. 13-34 (en particulier pp. 17-18).



police des espèces protégées<sup>81</sup>. L'existence de nombreuses polices spéciales<sup>82</sup> en matière d'environnement souligne, avec force, la multiplicité des intérêts publics qui s'attachent à sa protection<sup>83</sup> et la variété des facettes de ce que je n'hésite pas à qualifier d'ordre public environnemental. Ces intérêts publics, comme les autres intérêts dont la préservation est assurée par une police spéciale<sup>84</sup>, justifient l'octroi de pouvoirs étendus aux autorités compétentes qui peuvent restreindre l'exercice de certains droits, comme la liberté d'entreprendre ou le droit de propriété, et imposer aux citoyens des sujétions particulières.

*2.2. La notion d'ordre public lato sensu permet en outre d'encadrer certaines prérogatives ou facultés des personnes publiques ou privées, afin d'assurer la préservation de valeurs essentielles de la vie en société<sup>85</sup>.*

C'est qu'en effet l'État n'est pas seulement le protecteur des libertés et des droits fondamentaux. Il porte des projets collectifs et il est souverain. Il est aussi le gardien d'un « vivre-ensemble », c'est-à-dire de ce qui nous est commun et essentiel, dont l'ordre public est l'une des traductions juridiques. L'article 6 du code civil dispose ainsi qu' « *on ne peut déroger par convention aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Entendu de cette manière, l'ordre public, déterminé par la loi ou révélé par la jurisprudence, fait échec à l'application d'une norme ou d'une stipulation contraire à un « intérêt supérieur »<sup>86</sup>. En droit privé, cette approche a reçu une large portée, notamment en droit des personnes et de la famille<sup>87</sup>, en

---

81 CE, 26 mai 1995, *Comité intervalléen pour la sauvegarde de l'ours et la faune pyrénéenne dans leur environnement*, n° 120905 : la police de la chasse vise la protection et le repeuplement du gibier et doit à cet égard être distinguée de la police des espèces protégées qui vise à assurer la survie et la permanence d'une espèce.

82 Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012 portant simplification, réforme et harmonisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire du code de l'environnement recensait vingt-cinq polices spéciales de l'environnement dans le seul code de l'environnement.

83 Par exemple, il existe une police spéciale de l'eau (art. L. 211-5 du code de l'environnement), une police spéciale des installations classées pour la protection de l'environnement (Livre V, Titre I<sup>er</sup> du code de l'environnement) et une police spéciale des déchets (Livre V, Titre IV du code de l'environnement).

84 Outre les polices administratives spéciales déjà citées, il existe notamment une police de la pêche, une police du cinéma et une police de l'affichage, de la publicité et des enseignes.

85 Voir sur ce point l'article de J. Combacau, « Conclusions générales » in M.-J. Redor (dir.), *op.cit.*, pp. 419-421.

86 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, éd. PUF Quadrige, Paris, 2016, 11<sup>ème</sup> édition, p. 720.

87 Par exemple, en matière de gestation pour autrui, la Cour de cassation a souligné la force de l'interdiction de cette pratique en France en jugeant nulle, en raison de l'illicéité de son objet, la constitution d'une association dont l'objet est de favoriser la conclusion et l'exécution de conventions de mères porteuses (C. cass., 1<sup>er</sup> Civ., 13 décembre 1989, pourvoi n° 88-15.655) et jugeant impossible de prononcer une adoption plénière par la mère d'intention dans le cas d'un enfant né après un contrat de GPA au motif que le processus d'ensemble méconnaît le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (C. cass., Ass. plén., 31 mai 1991, pourvoi n° 90-20.105). Depuis, la loi a inscrit cette interdiction dans le code civil à l'article 16-9 qui précise que cette disposition est d'ordre public. Voir sur ce point : CE, 12 décembre 2014, *Association « Juristes pour l'enfance » et autres*, n° 367324 et les conclusions du rapporteur public sur cette affaire. Dans un autre cas, la Cour de cassation a jugé que la décision constatant une répudiation unilatérale de l'épouse par le mari est contraire au principe d'égalité des époux qui relève de l'ordre public international (C. cass. ch. civ., 17 février 2004, n° 01-11.549).



droit des contrats<sup>88</sup>, en droit social ou en droit de la consommation. Elle est aussi présente dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui envisage l'ordre public européen comme un élément de la défense des droits de l'homme contre les restrictions étatiques<sup>89</sup> au service de valeurs communes, dont le respect de la démocratie et de l'État de droit est « *un élément fondamental* »<sup>90</sup>. L'instauration d'un droit procédural européen fondé sur le droit à un recours effectif et à un procès équitable en est un exemple<sup>91</sup>. Cet ordre public peut, dans certains cas, ouvrir la voie à une certaine flexibilité dans la mise en œuvre nationale des principes européens au titre de la marge nationale d'appréciation.

Cette conception de l'ordre public a également trouvé un écho en droit public français. Ainsi, le principe de libre concurrence est au nombre des règles essentielles qui composent l'ordre public économique<sup>92</sup> et il légitime, à ce titre, des restrictions et un encadrement des pouvoirs des personnes publiques ou de la liberté des acteurs économiques<sup>93</sup>. La protection d'intérêts publics irréductibles justifie ainsi que des restrictions puissent être apportées à la liberté contractuelle<sup>94</sup>,

---

88 Ainsi, l'article 1162 du code civil prévoit que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». Les articles 1163 et suivants imposent, quant à eux, certaines limites au contrat en interdisant notamment les contrats déséquilibrés (art. 1171 du code civil).

89 F. Sudre, « L'ordre public européen », in M.-J. Redor (dir.), *op.cit.*, p. 111.

90 CEDH, 17 février 2004, *Gozelick et autres c. Pologne*, n° 44158/98, pt. 89.

91 Sur le fondement de l'article 6 §1 et de l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ont été dégagés plusieurs principes généraux du droit relatifs à l'impartialité et à l'indépendance des juridictions (CEDH, session plén., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70) et au droit à un recours effectif (CEDH, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, n° 30210/96). Les règles de procédure françaises ont évolué sous cette influence pour répondre aux exigences du procès équitable. Voir, par exemple : CE, Ass., 14 février 1996, *Maubleu*, n° 132369 sur la publicité des débats devant les juridictions ordinales ou les évolutions réglementaires sur le rapporteur public, cette institution ayant été jugée compatible avec l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, 15 septembre 2009, *Mme Etienne*, n° 11396/08 ; et CEDH, 4 juin 2013, *Marc Antoine*, n° 54984/09).

92 CE, 11 juin 2014, *Société TDF et autres*, n° 363920, pt. 49 : l'ARCEP peut enjoindre à un opérateur qui exerce une influence significative sur un marché de modifier des contrats en cours d'exécution si cette modification répond à un motif d'intérêt général suffisant lié à l'impératif d'ordre public tenant à l'établissement d'une concurrence effective et loyale sur le marché ; CE, 23 décembre 2013, *Société Métropole Télévision (M6) et Société Télévision Française 1 (TF1)*, n° 363702 : l'ordre public économique peut justifier de ne pas prononcer l'annulation immédiate d'une autorisation de concentration ; CE, 10 juillet 2015, *M. Garnier de Falletans*, n° 369454 : la gravité d'une atteinte à l'ordre public économique est à prendre en compte dans la détermination de la sanction applicable. Voir à ce sujet l'article de M.-A. Frison-Roche, « L'ordre public économique », in *L'ordre public*, éd. Dalloz, Paris, 2015, pp. 105-128.

93 M.-A. Frison-Roche, *op.cit.*, pp. 112-113. La professeure Frison-Roche parle d'un « *ordre public bâtisseur* » et d'un « *ordre public promoteur* » dont l'objectif n'est pas de maintenir ce qui est ou de restaurer ce qui a été, mais de créer et d'instaurer des secteurs et des marchés concurrentiels là où il n'en existe pas.

94 C. Seraglino, « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythe et réalités », in *Gazette du Palais*, 2009, n° 80, p. 9. Voir sur ce point les conclusions de F. Dieu dans l'affaire CE, Ass., 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806.

notamment en matière de commande publique<sup>95</sup>. Le juge administratif peut aussi contrôler la conformité d'une sentence rendue en matière d'arbitrage international aux règles impératives du droit public français, nonobstant la liberté dont jouissent les parties pour recourir à cette méthode de règlement des litiges<sup>96</sup>. L'existence d'un ordre public financier a, de son côté, donné une assise aux pouvoirs de contrôle de l'Autorité des marchés financiers<sup>97</sup> et favorisé l'émergence d'un régime spécifique de responsabilité personnelle des comptables<sup>98</sup>. Elle interdit encore qu'une collectivité publique ne paie une somme qu'elle ne doit pas<sup>99</sup>. Dans un tout autre champ, les personnes faisant l'objet d'une demande d'extradition peuvent s'appuyer sur les principes de l'ordre public français pour s'opposer à leur extradition vers un pays où elles encourraient la peine de mort<sup>100</sup> ou vers un pays où, après un jugement par défaut, elles ne pourraient pas obtenir d'être rejuguées<sup>101</sup>.

## Conclusion

Paraphrasant l'expression de Jean Boulouis<sup>102</sup>, le professeur Seiller souligne que « *la police est l'ombre des libertés éclairées par la lumière du siècle* »<sup>103</sup>. Cette lumière, comme le jour, évolue. Elle s'adapte aux changements économiques et sociaux et à ceux des comportements humains. Elle naît cependant d'une prémisse unique que les juges de tous pays, d'Europe et de tous ordres de juridiction ont en partage : il existe dans toute société un certain nombre de règles impératives qui, compte tenu de leur force, du consensus social qui s'y attache et de leur caractère structurant, justifient que certains droits ou libertés soient limités ou que les pouvoirs de personnes publiques ou privées soient restreints. Cet ordre public nous rappelle que nos sociétés ne sont pas seulement fondées sur des droits

95 Ainsi, les grands principes de la commande publique, à savoir la transparence des procédures, la liberté d'accès des opérateurs et l'égalité de traitement des candidats, sont au nombre des composantes de l'ordre public économique. C'est sur ce fondement que la loi a notamment encadré la durée maximale des délégations de service public (CE, 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne*, n° 365043 : l'impératif d'ordre public imposant de garantir la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public autorise la personne publique à mettre fin unilatéralement à une convention qui dépasse la durée prévue par la loi d'une délégation de service public). C'est aussi par référence à l'ordre public qu'il a été jugé qu'une personne publique ne pouvait pas, dans le cadre d'un marché public, renoncer par une transaction à une partie des intérêts moratoires qui lui sont dus (CE, 17 octobre 2003, *Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c. Syndicat intercommunal d'assainissement le Beausset, la Cadière, le Castellet*, n° 249822).

96 CE, Ass., 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806, qui fait suite à TC, 11 avril 2016, *INSERM*, n° 4043.

97 Les pouvoirs de contrôle de l'Autorité des marchés financiers répondent à l'objectif de protection de l'ordre public financier (CE, 11 décembre 2015, *Société Bernheim Dreyfus et co.*, n° 389096).

98 Ce régime est fondé sur les dispositions du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général de la comptabilité publique (CE, 30 décembre 2013, *Ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'État, porte-parole du Gouvernement*, n° 359287 ; CE, sect., 27 juillet 2015, *Ministre délégué chargé du budget*, n° 370430 ; CE, 30 décembre 2015, *Parquet général près la Cour des comptes*, n° 385176. Voir les conclusions de S. von Coester sur ce dernier arrêt).

99 CE, sect., 19 mars 1971, *Mergui*, n° 79962.

100 CE, sect., 27 février 1987, *Fidan*, n° 78 665 ; CE, 14 décembre 1987, *Gacem*, n° 85491 ; CE, Ass., 15 octobre 1993, *Mme Aylor*, n° 144590.

101 CE, Ass., 18 mars 2005, *M. Battisti*, n° 273714. Ce principe comporte une exception, lorsqu'il est établi de manière non équivoque que la personne a renoncé à son droit à comparaître et à se défendre.

102 Selon J. Boulouis, « *le droit administratif est l'ombre de l'État éclairé par la lumière du siècle* » (J. Boulouis, « Supprimer le droit administratif ? », in *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 12).

103 B. Seiller, *op.cit.*, p. 876.



et des libertés reconnus aux individus face à la puissance publique, dont l'État doit assurer la protection, mais qu'elles sont aussi fondées sur un projet commun et des valeurs inhérentes à une certaine conception de la vie sociale. Il y a au sein de chaque peuple en Europe, en tout cas au sein du peuple français, non pas un ensemble vide de convictions sans contenu juridique, mais des règles d'association et même de *communion* basées sur des interdits et des principes positifs et actifs qui s'imposent à tous. L'ordre public, c'est aussi cela : un pilier du pacte social.

À partir de ce constat, le présent colloque est l'occasion d'affiner et de préciser les contours, le contenu et les fonctions de l'ordre public dans les principaux domaines qu'il structure. La tâche est ambitieuse, immense même, mais je ne doute pas que les regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation – que je remercie de son accueil –, nous permettent, avec les éclairages de la doctrine, des praticiens et du droit comparé, d'avancer dans cette voie.



**Nouveaux enjeux de l'ordre public  
et pouvoirs de police**

**Sommaire**

Éléments de problématique ..... 31  
Biographie des intervenants ..... 33  
Actes..... 37





# Éléments de problématique

---

L'ordre public apparaît équivoque et inépuisable. Équivoque, dans la mesure où tant la définition de cette notion que la détermination de son champ dépendent de l'appréhension qui en est faite. Inépuisable, parce que si l'ordre public apparaît stable dans sa fonction, il demeure évolutif dans son contenu. Étant destiné à discipliner les pratiques sociales, sa portée concrète, parce qu'elle est gouvernée par les principes de nécessité et de proportionnalité, est toujours affaire de circonstances. Or les pratiques sociales évoluent et les circonstances changent, parfois de manière dramatique.

Ces caractères de l'ordre public conduisent au renouvellement continu de ses expressions. Cette table ronde a pour objet d'aborder les nouveaux enjeux de l'ordre public.

Maître Bigot évoquera, en premier lieu, l'ordre public dans le droit des médias. Historiquement, le régime de poursuite dérogatoire au droit commun prévu par la loi du 29 juillet 1881<sup>104</sup> témoigne du rapport singulier du droit de la presse avec l'ordre public, qui s'y exprime de manière éphémère et relative. Or, depuis une décennie, le droit de la presse prend une orientation qui marque une rupture. D'un côté, un courant fort d'opinion appelle de ses vœux un mouvement de dépénalisation du droit de la presse. De l'autre côté, on voit à l'œuvre, non seulement un mouvement d'externalisation de certaines infractions déplacées de la loi de 1881 vers le code pénal, mais aussi une évolution interne à la loi sur la presse assouplissant le régime de la répression des infractions en matière de racisme et d'antisémitisme. Dans le même temps, le législateur se préoccupe de renforcer les moyens de lutte contre les abus de la liberté d'expression liés à l'Internet.

M. l'avocat général Desportes s'attachera, ensuite, à l'ordre public à travers la prévention et la répression des atteintes terroristes. En matière de terrorisme, le principal objectif de la législation pénale est d'empêcher que l'entreprise terroriste n'atteigne son but, lequel, selon la formule de l'article 421-1 du code pénal, est « *de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* ». Dans le même temps, pour la « *prévention du terrorisme* » et sous le régime de l'état d'urgence en cas de « *menace pour la sécurité et l'ordre publics* », de puissants moyens d'investigation peuvent être mis en œuvre dans le cadre de la police administrative. Se pose ainsi en la matière, avec une acuité particulière, la question par ailleurs classique de l'articulation entre police administrative et police judiciaire ; question qui emporte celle de l'articulation des contrôles juridictionnels. Il importe de déterminer, notamment, où se situe le « point de basculement » entre les deux cadres d'intervention, et comment s'effectue dans la procédure pénale la « réception » des actes de police administrative.

---

104 Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Dans un troisième temps, M. le président Guyomar abordera l'ordre public immatériel, expression d'une conception renouvelée et élargie de l'ordre public. Les composantes traditionnelles de l'ordre public que sont la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques n'épuisent pas nécessairement la notion d'ordre public dans toutes ses acceptions juridiques ; la reconnaissance d'un ordre public immatériel permet de définir l'ordre public comme les « *exigences minimales de la vie en société* ».

Enfin, le professeur Raynaud s'attachera à présenter l'ordre public dans le débat démocratique.





# Biographie des intervenants

---

Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence

## Modérateur

### Jacques Petit

Professeur à l'université de Rennes 1

Docteur en droit public, agrégé de droit public en 1996, Jacques Petit a été successivement professeur à l'université Rennes 1 (1996-2006), à l'université Panthéon-Assas (2007-2014) et, de nouveau, à l'université Rennes 1 (depuis 2014). Spécialiste de droit administratif, Jacques Petit enseigne le droit administratif général, le contentieux administratif et le droit des libertés fondamentales. Il a été membre du jury de l'agrégation d'histoire du droit (2000) et de droit public (2009). Il est responsable, avec le professeur Etienne Picard, de la rubrique police administrative à la *Revue française de droit administratif*. Il est par ailleurs membre du comité éditorial de Domat-Montchrestien et membre du « Dornburg research group » (groupe européen de recherche sur les mutations du droit administratif). Jacques Petit est l'auteur de plusieurs ouvrages : *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne* (éd. LGDJ, Paris, 2002, préface J. Moreau) ; *L'ouvrage public* avec G. Eveillard (éd. LexisNexis, Paris, 2010) ; *Droit administratif* avec P.-L. Frier (éd. LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., Paris, 2015). Il a également écrit plusieurs articles touchant à la police administrative et, par là, à l'ordre public, notamment : « La police administrative » dans P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, éd. Dalloz, Paris, 2011, Tome 2 ; « Police et sanction », in *JCP A*, 2013 ; « Police administrative » dans *La Constitution administrative de la France*, sous la direction de J.-J. Biennu, J. Petit, B. Plessix et B. Seiller, éd. Dalloz, Paris, 2012 ; « Les aspects nouveaux du concours entre polices générales et polices spéciales », in *RFDA*, 2013 ; « Les ordonnances Dieudonné : séparer le bon grain de l'ivraie », note sous CE 9 janvier 2014, CE 10 janvier 2014 et CE 11 janvier 2014, in *AJDA*, 2014.

## Intervenants

### Christophe Bigot

Avocat à la Cour

Depuis son admission au Barreau de Paris (1990), Christophe Bigot s'est spécialisé dans le droit des médias (droit de la presse, droit de l'information, droit de l'image et de la propriété intellectuelle, droit de la publicité). Son livre *Pratique du droit de la presse* (éd. Victoires, Paris, 2013), dont la deuxième édition a été publiée en 2017, a été couronné par l'Académie des sciences morales et politiques (Prix Saintour 2014). Il est par ailleurs l'auteur de plusieurs fascicules du *JurisClasseur* consacrés au droit de la presse ou au droit de la publicité, et de nombreuses

publications couvrant le droit de la presse, le droit de la publicité, la protection de la vie privée et le droit à l'image. Il est membre des comités éditoriaux des revues *Légicom* et *Légipresse*, dédiées au droit de la communication. Christophe Bigot a été rapporteur français de la section « droit de la presse » de l'Union internationale des avocats (1995-1999) et responsable de la commission ouverte du droit de la presse du Barreau de Paris (2006-2009). Il est vice-président de l'Association des avocats praticiens du droit de la presse. Il intervient régulièrement dans les sessions de formation continue organisées par l'École nationale de la magistrature dans le domaine du droit de la presse et du droit de l'Internet.

### **Frédéric Desportes**

*Avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation*

Titulaire d'une maîtrise en droit et ancien élève de l'École nationale de la magistrature (1984), Frédéric Desportes commence sa carrière comme juge des enfants au tribunal de grande instance de Montpellier (1986-1988), avant d'être nommé au ministère de la justice où il est affecté successivement à la direction des services judiciaires et à la direction des affaires criminelles et des grâces. Nommé en 1996 conseiller référendaire à la Cour de cassation, il intègre en 2003 l'inspection générale des services judiciaires. En 2009, il est chargé des fonctions de maître des requêtes au Conseil d'État. Depuis 2012, il est avocat général à la Cour de cassation. En cette qualité, il a exercé les fonctions de rapporteur public au Tribunal des conflits (2014-2016).

### **Mattias Guyomar**

*Président de la 10<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État*

Diplômé de Sciences Po, ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), Mattias Guyomar est nommé auditeur à la section du contentieux du Conseil d'État en 1996. Après avoir été responsable du Centre de recherches et de diffusion juridiques (1999-2002), il exerce les fonctions de commissaire du Gouvernement, puis de rapporteur public à la section du contentieux (2002-2011), ainsi que de commissaire du Gouvernement auprès du Tribunal des conflits (2009-2011). Assesseur à la 10<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux et juge des référés, il est nommé dans les fonctions de président de cette chambre en juin 2016. Mattias Guyomar est professeur associé à l'université Panthéon-Assas. Il est, par ailleurs, secrétaire général de l'Institut français des sciences administratives (IFSA), secrétaire général de la Commission des sondages, rapporteur général de la Commission supérieure de codification et membre du Comité du contentieux fiscal, douanier et des changes ainsi que de la Cour de discipline budgétaire et financière.

### **Philippe Raynaud**

*Professeur à l'université Panthéon-Assas*

Philippe Raynaud est professeur de science politique à l'université Panthéon-Assas et membre senior (h) de l'Institut universitaire de France. Il est lauréat du prix Alexis de Tocqueville (2014). Spécialiste de philosophie politique, il a dirigé, avec



Stéphane Rials, le *Dictionnaire de philosophie politique* (éd. PUF, Paris, 1996). Ses travaux portent sur l'histoire des idées politiques, sur la philosophie du droit et sur les transformations des démocraties contemporaines. Il est l'auteur de nombreux ouvrages : *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne* (éd. PUF, Paris, 1988) ; *L'extrême gauche plurielle - Entre démocratie radicale et révolution* (éd. Autrement, Paris, 2006) ; *Le juge et le philosophe - Trois révolutions de la liberté. Angleterre. Amérique. France* (éd. A. Colin, Paris, 2008) ; *La politesse des Lumières - Les lois, les mœurs et les manières* (éd. Gallimard, Paris, 2013) ; et récemment *L'esprit de la V<sup>e</sup> République - L'histoire, le régime, le système* (éd. Perrin, Paris, 2017).





# Actes - Nouveaux enjeux de l'ordre public et pouvoirs de police

---

**Jacques Petit**

*Professeur à l'université de Rennes 1,*  
**modérateur de la table ronde**

Il m'a semblé utile d'introduire cette première table ronde en faisant apparaître que l'ordre public, en général, notamment en matière de pouvoirs de police, présente, d'un point de vue juridique (en droit positif comme en doctrine), deux caractéristiques : il est à la fois équivoque et inépuisable.

## **1. L'ordre public semble être équivoque à deux égards : d'une part, dans sa notion et, d'autre part, dans son champ d'application notamment du point de vue des pouvoirs de police**

### *1.1. L'ordre public est équivoque dans sa notion*

Il me semble qu'il existe deux grandes manières de définir l'ordre public d'un point de vue juridique. On peut, en effet, le définir soit par son contenu, soit par sa fonction. Par son contenu, cela consiste à identifier l'ordre public à un certain nombre d'intérêts publics ou de valeurs sociales fondamentales. C'est ce que l'on fait classiquement en droit administratif en définissant l'ordre public – en tout cas l'ordre public au sens de la police administrative générale – par le triptyque : salubrité, tranquillité et sécurité publiques ; à quoi l'on ajoute les notions de moralité publique et de respect de la dignité de la personne humaine. Cette définition par le contenu énumère ainsi un certain nombre d'intérêts et de valeurs qui constituent l'ordre public.

Cependant, cette manière de faire ne me semble pas satisfaisante pour au moins deux raisons.

La première raison est qu'il s'agit d'une définition nécessairement partielle, propre à une matière donnée, justement parce que le contenu de l'ordre public varie d'une matière à l'autre : par exemple, le contenu de l'ordre public de la police générale n'est pas celui que fait respecter la loi pénale, et tous ces ordres publics sont en réalité autonomes les uns par rapport aux autres. On aboutit donc là à une vision partielle de cette notion.

La seconde raison est que cette définition, en réalité, n'en est pas vraiment une, car elle ne répond pas à la question essentielle de savoir ce que signifie *juridiquement* qu'un intérêt ou qu'une valeur est d'ordre public, ou appartient à l'ordre public.

Or, répondre à cette question, c'est précisément déterminer le rôle juridique de l'ordre public et, par là-même, identifier les conséquences juridiques qui

s'attachent à la qualification d'un intérêt ou d'une valeur comme étant d'ordre public. Par conséquent, la seule définition qui vaille est celle qui repose sur la fonction juridique de l'ordre public. De sorte que le problème est de savoir si l'on peut discerner, à travers la multiplicité des manifestations de l'ordre public, une seule fonction juridique et un seul un type de conséquence de droit. *A priori* non, car les conséquences de droit sont infiniment variables. Sans m'engager dans cette réflexion qui nous emmènerait trop loin, je dirai simplement qu'en matière de polices et de libertés l'ordre public me paraît essentiellement remplir une fonction de légitimation ou d'habilitation.

Ainsi, dans cette matière en tout cas, on peut définir l'ordre public comme tout impératif d'intérêt général, toute valeur sociale fondamentale qui, à un moment donné, dans une société donnée, est regardé – par qui est un autre problème – comme suffisamment important pour justifier une restriction des droits et des libertés, ou pour habiliter les autorités publiques à porter de telles restrictions.

Bien sûr le rapport d'opposition que j'établis ici entre ordre public et libertés est simpliste, non seulement parce que, selon une idée libérale classique, il ne peut pas y avoir de liberté sans ordre, mais, de plus, ce qui complique aujourd'hui les choses est qu'un certain nombre de droits fondamentaux ou de libertés fondamentales sont inclus dans l'ordre public.

### *1.2. L'ordre public est équivoque dans son champ d'application*

L'équivoque existe aussi du point de vue du champ d'application de la notion d'ordre public, notamment si on l'envisage du point de vue des pouvoirs de police.

La présentation classique de l'opposition entre police administrative et police judiciaire fait penser que l'ordre public n'existe que dans la police administrative : celle-ci a, par définition, pour but de protéger l'ordre public et, par là, se distinguerait de la police judiciaire qui viserait, elle, à préparer la répression d'une infraction pénale déterminée. Or, à l'évidence, la répression pénale est fondée sur l'ordre public. Si des comportements sont incriminés, c'est en tant qu'ils sont contraires à l'ordre public ; par conséquent, la police judiciaire participe elle aussi à la protection de l'ordre public ; et là, nous touchons à une réalité sous-jacente qui a été dévoilée par le professeur Picard et qui est aussi mise en lumière sur le terrain du droit positif par le droit international et européen des droits de l'homme. Cette réalité sous-jacente est qu'en réalité, on peut soutenir – et je le fais en reprenant une idée du professeur Picard – que l'État libéral est investi d'une fonction de police, une fonction de protection de l'ordre public, qui se trouve répartie entre les différents organes de l'État, pour partie attribuée à l'exécutif, pour partie attribuée à l'autorité judiciaire.

Ainsi, en réalité, les deux polices participent-elles à la protection de l'ordre public, mais de manière différente, avec des pouvoirs différents et en accomplissant des actes distincts. J'ajoute qu'en la matière l'unité profonde de l'action de l'État apparaît dans certaines circonstances plus ou moins exceptionnelles. Effectivement, de manière générale, l'un des effets des circonstances exceptionnelles est de faire apparaître, précisément, l'unité de l'action de l'État, comme par exemple



dans l'affaire *Dieudonné* où l'État a agi par le biais de la « répression pénale » – avec le succès que l'on sait – et a ensuite pris le relais par le biais de la « police administrative » – également avec le succès que l'on sait. Ce qui, selon moi, illustre l'idée profonde de l'unité de l'action étatique.

Je terminerai mes propos en précisant quelques éléments sur le caractère inépuisable de la notion d'ordre public.

## **2. L'ordre public semble posséder un caractère inépuisable en raison, d'une part, de son contenu évolutif et, d'autre part, du fait qu'il est destiné à discipliner les pratiques sociales**

### *2.1. L'ordre public possède un contenu évolutif*

Si l'ordre public, comme on l'a vu, ne peut se définir que par sa fonction, c'est notamment parce que son contenu, les intérêts ou les valeurs qui le composent sont éminemment évolutifs. C'est à un moment donné, dans une société donnée, que tel intérêt ou telle valeur est considéré comme suffisamment important pour justifier une restriction des droits et des libertés. Cette évolution est notamment illustrée par la question, relativement nouvelle, de l'ordre public immatériel – aspect dont nous parlera le président Guyomar.

Si l'on en admet la légitimité de principe, il existe des questions redoutables qui se posent. J'en vois au moins trois : 1) Quelles sont les valeurs qu'il convient d'inclure dans l'ordre public immatériel ? S'agit-il de valeurs universelles, comme la dignité de la personne humaine, ou s'agit-il de valeurs propres à la société française ? Cela renvoie à des débats politiques évidents dont parlera peut-être le professeur Raynaud. 2) Qui est habilité à définir les valeurs constitutives de l'ordre public immatériel ? Le législateur ? Le juge ? Et quel est le rôle du juge constitutionnel ou du juge de la Cour européenne des droits de l'homme dans le contrôle qu'il exerce à cet égard ? 3) Quelles sont les modalités de protection de l'ordre public immatériel ? Est-ce que ce sont les mêmes que pour l'ordre public matériel ? Par exemple, en matière de liberté d'expression, ne faut-il pas préférer un régime répressif à un régime préventif ? On retrouve là des questions qui ont été posées dans l'affaire *Dieudonné*.

### *2.2. L'ordre public est essentiellement destiné à discipliner les pratiques sociales*

L'ordre public est également inépuisable parce qu'il est fondamentalement destiné – comme cela a été rappelé – à discipliner les pratiques sociales. Et sa portée concrète, parce qu'elle est gouvernée par les principes de nécessité et de proportionnalité, est toujours affaire de circonstances.

Or les pratiques sociales évoluent et les circonstances changent. C'est, par exemple, le cas en ce qui concerne les événements que vit la France depuis deux ans, qui sont à l'origine de la mise en application de l'état d'urgence et ont contribué au développement de la législation anti-terroriste. Ces événements nous obligent à faire face à des circonstances inédites et, en même temps, renouvellent un certain nombre de questions qui pouvaient sembler absolument classiques, renouvellent



les modalités de la répression pénale – en particulier pour ce qui est diffusé sur Internet –, et renouvellent aussi, dans une certaine mesure, les rapports entre police administrative et police judiciaire en raison, précisément, du modèle français de prévention du terrorisme. Ce modèle a deux volets : administratif, avec le développement des pouvoirs d’investigation des autorités de police administrative ; et judiciaire, avec le développement des infractions de préventions – la police judiciaire de la répression pénale ayant alors, par définition, également un rôle préventif en la matière.

Et, en définitive, à travers cet équilibre entre police administrative et police judiciaire, c’est aussi l’équilibre entre juge administratif et juge judiciaire, entre le Conseil d’État et la Cour de cassation, qui est en cause.

Je cède maintenant la parole à maître Bigot pour qu’il nous parle des nouveaux enjeux de l’ordre public en matière de liberté d’expression et de communication.

---

**Christophe Bigot**  
*Avocat à la Cour*

Merci M. le président. Le Conseil constitutionnel a déjà fait part de sa position sur la place de la liberté d’expression dans la hiérarchie des libertés fondamentales, puisqu’il considère que la liberté d’expression est d’autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et du respect de la garantie des autres droits et libertés<sup>105</sup>. On peut donc, sans trop tordre le cou à cette jurisprudence, estimer que le Conseil constitutionnel considère la liberté d’expression comme la première des libertés fondamentales, conditionnant en quelque sorte toutes les autres. Par conséquent, je vois là une raison logique de démarrer cette séance par cette belle notion qu’est la liberté d’expression.

Je vais essayer de donner la vision de ce qu’est, aujourd’hui, le rapport entre l’ordre public et la liberté d’expression au regard de la loi, quelque peu emblématique pour nous tous, du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Cette loi est bien sûr soumise au droit européen, notamment à l’article 10 de la Convention européenne des droits de l’homme (Convention EDH) qui traite de la liberté d’expression. C’est un domaine dans lequel la Cour européenne des droits de l’homme (Cour EDH) a été en avance<sup>106</sup>. Depuis le célèbre arrêt *Sunday times* de 1979<sup>107</sup>, la Cour EDH a défini ce qu’était l’exigence de proportionnalité en considérant que la liberté d’expression ne pouvait être limitée que s’il existait un « *besoin social impérieux* », si la mesure était proportionnée au but légitime poursuivi, et si les motifs fournis par les autorités nationales pour la justifier étaient pertinents et suffisants<sup>108</sup>.

Telles sont les règles qui définissent l’impératif de proportionnalité dans le domaine de la liberté d’expression.

---

105 CC, décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 (loi relative à la liberté de communication).

106 CEDH, session plén., 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72.

107 CEDH, session plén., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, n° 6538/74.

108 *Ibid.*





Je précise également que la notion de liberté d'expression dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) – texte qui, comme le rappelait Monsieur le vice-président Sauvé, constitue notre matrice –, ne suit pas un régime unique, contrairement à ce que l'on pourrait penser, mais un régime dualiste composé de deux éléments : la « liberté d'opinion » protégée par l'article 10 DDHC<sup>109</sup>, et la « liberté d'expression » au sens large protégée par l'article 11 DDHC<sup>110</sup>.

Et l'on notera que ces deux libertés ont des régimes différents : l'article 10 DDHC considère que la liberté d'expression ne peut être limitée que pour des raisons qui tiennent à l'ordre public, tandis que selon l'article 11 DDHC – qui est souvent celui qui vient à l'esprit en matière de liberté d'expression – la liberté d'expression, au sens large, peut aussi être limitée pour protéger d'autres droits dans les cas d'abus spécifiés par la loi, et donc pas seulement dans le cadre de la protection de l'ordre public.

De sorte que la loi du 29 juillet 1881, qui fixe en France le régime de cette liberté fondamentale qu'est la liberté de la presse, va osciller entre ces deux bornes que sont l'ordre public et la protection des droits d'autrui.

À cet égard, j'avoue avoir la chance, contrairement à d'autres intervenants à ce colloque, de ne pas avoir à me poser la question de savoir si ladite loi de 1881 est l'expression de l'ordre public – je me réfugie en cela derrière les propos de Monsieur le procureur général Marin selon lesquels le droit pénal est le droit de l'ordre public par excellence. Le professeur Petit l'a dit également, à l'évidence la répression pénale est fondée sur l'ordre public. La loi du 29 juillet 1881 étant une loi pénale, par conséquent nous sommes dans le domaine de l'ordre public et je peux donc m'extraire de cette problématique compliquée afin de vous exposer mon point de vue.

## 1. Un ordre public original

### 1.1. Un ordre public éphémère

La loi du 29 juillet 1881 est gouvernée par un principe de courte prescription. Toutes les infractions à la loi sur la presse sont, en effet, régies par une prescription de trois mois. C'est là véritablement la marque de cette loi. Nous sommes dans le cadre d'infractions dites « instantanées », si bien que les rayons des librairies sont remplis de livres « diffamatoires » que l'on ne peut plus ni poursuivre, ni attaquer au civil, et qui demeureront ainsi *ad vitam æternam*. De la même manière, l'Internet regorge de propos diffamatoires que l'on ne peut plus faire supprimer en raison de cet ordre public éphémère de trois mois qui, malgré tout, a été « déverrouillé » pour certaines infractions, notamment dans le domaine de la lutte contre le racisme et les discours de haine, puisque cette prescription de trois mois – qui était auparavant générale pour toutes les infractions à la loi sur la presse – a été remplacée par une prescription annuelle pour un certain nombre d'infractions

109 « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi ».

110 « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ».



très spécifiques prévues par l'article 65-3 de la loi sur la liberté de la presse<sup>111</sup>. Ces infractions visent généralement à lutter contre le racisme et l'antisémitisme, contre le négationnisme, l'homophobie, le sexisme, l'handiphobie et tous les discours de haine. Mais une prescription d'un an reste courte, rappelons à cet égard qu'en droit commun la loi de 2017<sup>112</sup> a entériné le principe d'une prescription délictuelle de six ans.

*In fine*, on a donc toujours un ordre public éphémère, dont on ne sait pas vraiment ce qu'il peut signifier en termes de trouble social. C'est la première singularité.

### 1.2. Un ordre public relatif

On peut également qualifier cet ordre public de *relatif*, voire de *supplétif*, tant cette loi pénale a la caractéristique de limiter considérablement les pouvoirs du juge et du parquet.

Dans notre matière, en effet, le juge d'instruction n'a aucun pouvoir pour instruire le fond des affaires, la vérité des faits diffamatoires ou la bonne foi. Par ailleurs, le juge pénal est lié par les qualifications choisies par la partie poursuivante (il ne peut donc pas requalifier). Il se dessine ainsi un ordre public singulier dans lequel le juge pénal peut être saisi sur un fondement éventuellement erroné qu'il ne peut pas remettre d'aplomb pour appliquer le bon fondement. Dans ce contexte, il s'agit là d'un ordre public relatif ; d'autant que le parquet est, de la même manière, tenu par les initiatives de la victime.

En droit pénal classique, la victime peut toujours se désister de son action civile, mais l'action publique demeure. En revanche, s'agissant de la loi sur la liberté de la presse, l'article 49<sup>113</sup> indique que lorsque la partie civile décide d'abandonner les poursuites, le parquet ne peut pas poursuivre lui-même l'action. On a donc bien, en cette matière, un ordre public très particulier que l'on peut ainsi qualifier de relatif, voire de supplétif.

Dans ce contexte, quelle peut être la pérennité de ce modèle au regard des nouveaux enjeux de l'ordre public ?

## 2. La pérennité du modèle de la loi du 29 juillet 1881

Notre modèle, porté par la loi sur la presse, est traversé par deux phénomènes contraires : une marche vers la dépénalisation et un renforcement de la répression qui se traduit, dans le dernier état de l'exercice législatif, par une externalisation dans le code pénal.

---

111 « Pour les délits prévus par le huitième alinéa de l'article 24, l'article 24 bis, le deuxième alinéa de l'article 32 et le troisième alinéa de l'article 33, le délai de prescription prévu par l'article 65 est porté à un an » (art. 65-3 créé par loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 - art. 45 JORF 10 mars 2004).

112 Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.

113 « Dans tous les cas de poursuites correctionnelles ou de simple police, le désistement du plaignant ou de la partie poursuivante arrêtera la poursuite commencée » (loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 49).



## 2.1. La marche vers la dépenalisation

La marche vers la dépenalisation trouve son origine dans le rapport du doyen Guinchart de 2008<sup>114</sup>, qui avait proposé de dépenaliser les infractions de diffamation et d'injure pour ne conserver la répression pénale qu'en matière de lutte contre le racisme et l'antisémitisme. Cette proposition n'a pas eu de suite. Elle a été réactivée en 2009 dans le cadre des états généraux de la loi sur la presse, mais elle est restée « dans les cartons ». C'est une suggestion que l'on avance assez souvent aujourd'hui pour faire face aux difficultés de gestion du contentieux pénal ; et l'on entend parfois au niveau du tribunal que, finalement, ce serait plus simple que tout cela soit purement civil...

Cette proposition de dépenalisation prétend trouver appui dans la position du Conseil de l'Europe et de la Cour EDH. En réalité, la Cour de Strasbourg n'invite pas à la dépenalisation ; plusieurs décisions précisent que l'« *on ne saurait considérer qu'une réponse pénale à des faits de diffamation est, en tant que telle, disproportionnée au but poursuivi* »<sup>115</sup>.

Il n'y a donc pas de position de principe rigide sur la dépenalisation du point de vue de la Cour EDH. Mais, dans une décision récente de 2016<sup>116</sup>, elle a formulé un vœu et souligné « *que le prononcé même d'une condamnation pénale est l'une des formes les plus graves d'ingérence dans le droit à la liberté d'expression eu égard à l'existence d'autres moyens d'intervention et de réfutation, notamment par les voies de droit civiles [et] rappelle qu'elle a invité à plusieurs reprises les autorités internes à faire preuve de retenue dans l'usage de la voie pénale* ».

Ce mouvement vers la dépenalisation est donc en cours. La question est de savoir si, à un moment donné, on prendra au mot la Cour EDH en allant jusqu'à rendre cette dépenalisation effective – car d'autres incriminations en matière de presse ne sont pas pénales, comme par exemple l'atteinte à la vie privée (simple texte de droit civil) ou l'atteinte à la présomption d'innocence (atteinte à la personnalité sanctionnée civilement). Est-ce qu'aujourd'hui la société considère que la diffamation et l'injure sont passées dans les mœurs au point de ne plus constituer que des litiges privés – souvenons-nous qu'en son temps Émile Zola a été jugé en cour d'assises pour diffamation à l'égard des armées<sup>117</sup>.

## 2.2. Le renforcement de la répression

Le second mouvement est l'externalisation vers le code pénal. Lorsque l'ordre public est particulièrement important, le législateur extrait une infraction de la loi de 1881 pour la faire passer dans le code pénal. C'est ce qui a été fait au mois de

114 S. Guinchart (commission présidée par), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, éd. La documentation Française, coll. des rapports officiels, Paris, juillet 2008.

115 CEDH, 30 mars 2004, *Radio France et autres c. France*, n° 53984/00, paragr. 40 ; CEDH, 11 juillet 2013, *Morice c. France*, n° 29369/10, paragr. 108 (affaire renvoyée devant la Grande chambre qui a rendu son arrêt le 23 avril 2015).

116 CEDH, 12 juillet 2016, *Reichman c. France*, n° 50147/11 (violation des articles 6 § 1 [droit à un procès équitable] et 10 [liberté d'expression] de la Convention EDH).

117 Ce procès eut lieu en 1898 en raison des prises de position de Zola publiées dans le journal *L'Aurore* au sujet de l'« affaire Dreyfus ».

novembre 2014 pour l'apologie du terrorisme. Cela permet de faciliter la répression dans ce domaine. C'est aussi ce qui a failli être fait en 2016 à l'occasion du projet de loi « égalité et citoyenneté »<sup>118</sup> puisqu'il était prévu au départ d'externaliser tout le bloc de répression de la protection contre le racisme et l'antisémitisme pour le placer dans le code pénal. En réalité, il a finalement été décidé de créer une sorte de sous-ensemble à l'intérieur de la loi de 1881 dans lequel la répression serait facilitée, mais de laisser ce bloc d'infractions à l'intérieur de la loi de 1881.

Tels sont les deux phénomènes contraires, actuellement à l'œuvre, en matière de liberté de la presse.

### **3. Les mécanismes particuliers mis en place face aux nouveaux médias**

En dernier lieu, je souhaiterais évoquer les mécanismes particuliers mis en place pour le respect de l'ordre public dans le domaine des nouveaux médias que sont l'Internet et les réseaux sociaux, car aujourd'hui tout le monde a conscience que c'est là que se concentrent les difficultés.

Tout d'abord, la question de la prescription sur Internet a beaucoup agité ces derniers mois le milieu de la presse, notamment lors des débats sur la loi « égalité et citoyenneté »<sup>119</sup> et sur la loi réformant la prescription pénale<sup>120</sup>.

Aujourd'hui, aux termes d'une jurisprudence constante depuis 2001, la Cour de cassation considère que la diffamation étant un délit instantané, le délai de trois mois court à compter de la première date de publication d'un contenu sur Internet<sup>121</sup>. Mais de nombreuses voix s'élèvent pour dénoncer un délai trop court, et demander le passage à un autre mécanisme qui consisterait à faire partir le délai de la date du retrait des propos ; ce qui voudrait dire, en réalité, que l'on procède à une modification substantielle de régime juridique en direction d'une infraction continue – ce qui n'est pas rien, tout de même. Tandis que d'autres – c'était l'objectif du Sénat – considèrent qu'il faut passer à une prescription d'un an en ce domaine qui court, cette fois-ci, toujours à compter de la date de première publication.

Sur ce point, il y eut une passe d'arme très dure entre le Sénat et l'Assemblée nationale, avant que cette dernière – comme il est de règle en la matière – n'ait le dernier mot. De sorte que ni dans la loi « égalité et citoyenneté », ni dans la loi réformant la prescription pénale, le Sénat n'a pu faire passer son amendement. Mais cette idée reste dans tous les esprits, et nul ne doute que l'on en reparlera. D'ailleurs la jurisprudence de la Cour de cassation a tendance à s'assouplir (également) sur ce point comme le montrent, par exemple, deux arrêts récents de novembre 2016<sup>122</sup> et de février 2017<sup>123</sup> qui ont tendance à relativiser le principe abrupt de la prescription.

---

118 Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

119 *Ibid.*

120 Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.

121 C. cass., Crim., 16 octobre 2001, pourvoi n° 00-85728, Bull. crim. 2001 n° 211, p. 676.

122 C. cass., Crim., 2 novembre 2016, pourvoi n° 15-87.163.

123 C. cass., Crim., 7 février 2017, pourvoi n° 15-83.439.



Très rapidement, je souhaiterais présenter quelques autres institutions particulières.

Premièrement, il s'agit d'une obligation spécifique de surveillance des fournisseurs d'accès et d'hébergement, obligation importante qui date de 2004 : l'article 6.I.-7 de la « LCEN »<sup>124</sup>, pour certains contenus (haine, apologie du terrorisme, etc.) devant faire l'objet de mécanismes particuliers d'information de la part des internautes, et vis-à-vis desquels les fournisseurs d'hébergement et les fournisseurs d'accès ont une obligation de dénonciation lorsque ces contenus leur sont signalés. C'est là une obligation assez singulière, puisque le droit français ne prévoit pas, de manière générale, l'obligation de dénoncer les délits mais seulement les crimes (l'obligation de dénoncer les délits ne s'imposant qu'aux fonctionnaires publics : article 40 du code de procédure pénale).

Or, dans ce domaine-là (lutte contre le racisme et l'antisémitisme, la pédopornographie ou le terrorisme), il y a donc une obligation spécifique de dénonciation de la part des fournisseurs d'hébergement et des fournisseurs d'accès.

Deuxième mécanisme original : le « référé particulier » prévu par l'article 50-1 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse. Ce référé particulier peut être engagé, y compris par le parquet et par toute personne qui y a intérêt, à l'encontre des contenus contraires à plusieurs dispositions, c'est-à-dire des contenus de provocation à certains crimes et délits (contenus d'apologie, négationniste, raciste ou antisémite), avec cette possibilité pour le juge des référés de supprimer, non seulement le contenu en cause, mais aussi l'accès au site<sup>125</sup>.

Enfin, il existe un dernier pouvoir très original accordé par la loi du 13 novembre 2014 sur le terrorisme<sup>126</sup> à l'autorité administrative dans deux domaines spécifiques : les actes d'apologie du terrorisme et tous ceux qui concernent la pédopornographie – l'article 6.I de la LCEN faisant revivre un pouvoir de censure administrative.

---

124 « Les personnes mentionnées aux 1 et 2 ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. / Le précédent alinéa est sans préjudice de toute activité de surveillance ciblée et temporaire demandée par l'autorité judiciaire. / Compte tenu de l'intérêt général attaché à la répression de l'apologie des crimes contre l'humanité, de l'incitation à la haine raciale ainsi que de la pornographie infantile, les personnes mentionnées ci-dessus doivent concourir à la lutte contre la diffusion des infractions visées aux cinquième et huitième alinéas de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et à l'article 227-23 du code pénal. / À ce titre, elles doivent mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données. Elles ont également l'obligation, d'une part, d'informer promptement les autorités publiques compétentes de toutes activités illicites mentionnées à l'alinéa précédent qui leur seraient signalées et qu'exerceraient les destinataires de leurs services, et, d'autre part, de rendre publics les moyens qu'elles consacrent à la lutte contre ces activités illicites. / Tout manquement aux obligations définies à l'alinéa précédent est puni des peines prévues au 1 du VI » (Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 6.I.-7).

125 « Lorsque les faits visés (...) résultent de messages ou informations mis à disposition du public par un service de communication au public en ligne et qu'ils constituent un trouble manifestement illicite, l'arrêt de ce service peut être prononcé par le juge des référés, à la demande du ministère public et de toute personne physique ou morale ayant intérêt à agir » (Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 50-1).

126 Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.



On avait eu par le passé la police des publications étrangères (article 14 de la loi de 1881), mais elle fut supprimée il y a déjà quelques années<sup>127</sup>. Et cet article 6.I de la LCEN fait revivre un pouvoir de police qui s'applique dans deux domaines très précis : l'apologie du terrorisme et la pédopornographie. Bien évidemment, il s'agit là de sites qui n'inspirent pas la sympathie, mais on peut se poser la question de savoir si le mécanisme lui-même ne va pas être étendu à un certain nombre d'autres contenus qui pourraient poser des difficultés, voire déplaire au pouvoir en place...

Tels sont les mécanismes originaux qui ont été mis en place pour la sauvegarde de l'ordre public.

## **Conclusion**

Aujourd'hui, dans les mouvements qui sont en cours dans notre matière, on voit se dessiner une liberté d'expression à trois vitesses pour tenir compte des enjeux de l'ordre public. Le premier cercle est composé des infractions qui relèvent de la plénitude du régime de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, avec le spectre de la dépénalisation. Le deuxième cercle est composé des discours de haine, discours maintenus dans la loi de 1881 jusqu'à nouvel ordre, mais avec un régime qui constitue un sous-ensemble destiné à favoriser les poursuites et avec une prescription d'un an. Le dernier cercle relève, quant à lui, du régime de l'externalisation dans le code pénal – par exemple, pour ce qui concerne les contenus pédopornographiques ou l'apologie du terrorisme où l'on est dans le droit pénal « pur ».

Trouver le bon équilibre entre les exigences de l'ordre public et la liberté d'expression n'est pas chose facile car, comme le soulignait la Cour EDH en 1976 dans l'affaire *Handyside*<sup>128</sup>, « la liberté d'expression (...) vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population »<sup>129</sup>.

---

**Jacques Petit**

*Professeur à l'université de Rennes 1,*  
**modérateur de la table ronde**

Merci, Maître. La parole est à M. l'avocat général Desportes qui va nous exposer son approche du sujet.

---

**Frédéric Desportes**

*Avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation*

Mon intervention sera consacrée à un thème assez large : la répression et la prévention du trouble terroriste à l'ordre public.

---

127 Par le décret n° 2004-1044 du 4 octobre 2004 portant abrogation du décret-loi du 6 mai 1939 relatif au contrôle de la presse étrangère.

128 CEDH, session plénière, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72.

129 *Ibid.*, paragr. 49.

Le terrorisme n'est pas véritablement un nouvel enjeu d'ordre public tant il est, hélas, présent depuis fort longtemps à l'état endémique, mais il est évident que l'aggravation de la menace a renouvelé les enjeux et déterminé une réponse forte du législateur puisque, au cours des cinq dernières années, huit lois sont intervenues pour fournir des instruments de lutte nouveaux – si l'on y inclut les lois ayant prolongé l'état d'urgence et la loi relative à la sécurité publique sur le point d'être promulguée<sup>130</sup>.

Ces lois ont en commun d'orienter les efforts vers la prévention ; l'objectif poursuivi étant, avant tout, d'empêcher qu'un attentat ne soit commis. À cet effet, le législateur a accru les moyens d'investigation de la police administrative – dont la vocation naturelle est la prévention – et, dans le même temps, étendu la répression toujours plus en amont du passage à l'acte. Il en résulte que la police administrative pratiquant une prévention qu'on pourrait dire « proactive », et la police judiciaire assurant une répression « préventive » font route convergente dans une sorte de mouvement en tenaille, afin de saisir l'entreprise terroriste le plus tôt possible.

C'est ce mouvement convergent que je souhaiterais évoquer, en posant quelques questions sur ses conséquences possibles dans les relations entre la police administrative et la police judiciaire.

La première question est celle des « bornes constitutionnelles » de l'extension de la répression à des fins préventives. La deuxième est celle – plus classique – des limites entre la police administrative et la police judiciaire. Il s'agit d'apprécier dans quelle mesure ces limites peuvent être affectées par la convergence des polices dans la lutte anti-terroriste. La troisième question, enfin, est celle de savoir, lorsque les investigations de la police judiciaire suivent celles de la police administrative, de quelle manière sont reçus en procédure pénale les actes de la police administrative.

### **1. Les « bornes constitutionnelles » à l'extension de la répression à des fins préventives**

Mon propos n'est pas ici d'exposer la législation pénale antiterroriste figurant au titre II du livre IV du code pénal. Je serais d'ailleurs bien en peine de le faire dans un temps aussi restreint. Il faut seulement retenir que cette législation tend un véritable filet répressif conçu autour de la notion d'entreprise terroriste définie comme une « *entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* »<sup>131</sup>.

L'un des éléments essentiels de ce filet est constitué par des « infractions obstacles » qui permettent d'intervenir avant que les agissements criminels ne produisent leurs conséquences, et même avant qu'ils ne soient entrés dans leur phase d'exécution, autrement dit avant même qu'il y ait une *tentative* au sens pénal du terme – celui de l'article 121-5 du code pénal. De simples actes préparatoires suffisent alors à justifier la répression.

130 Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique.

131 Article 421-1 du code pénal.



En la matière, l'infraction-obstacle la plus connue et la plus importante est l'« association de malfaiteurs terroristes », prévue par l'article 421-2-1 du code pénal. Elle est la clé de voûte de l'action antiterroriste. Retenue dans la plupart des affaires, elle permet d'incriminer le simple fait de se concerter en vue de commettre un acte de terrorisme ou de soutenir une entreprise terroriste. Un très grand nombre d'actes matériels suffisent à la caractériser comme, par exemple, les échanges avec une organisation terroriste manifestant l'adhésion à celle-ci et à ses projets criminels<sup>132</sup>. Cependant le législateur, au cours de ces dernières années, a souhaité étendre encore la répression en amont en saisissant les processus individuels de radicalisation pouvant déboucher, à terme, sur la commission d'attentats terroristes. Il l'a fait, tout d'abord, par la loi du 13 novembre 2014<sup>133</sup>, en incriminant à l'article 421-2-6 du code pénal l'« entreprise individuelle terroriste ». Par construction, destinée à appréhender ceux que l'on appelle communément les « loups solitaires », l'infraction est constituée même en l'absence de projet collectif. En contrepartie, elle suppose, pour être constituée, l'accomplissement d'actes précis, définis par la loi, révélant l'engagement de son auteur dans un processus criminel.

Plus récemment, par la loi du 3 juin 2016<sup>134</sup>, le législateur a incriminé à l'article 421-2-5-2 du code pénal, la « consultation habituelle de sites terroristes ». Il s'agissait par cette incrimination de « judiciariser le bas du spectre » – pour reprendre une expression policière qui peut laisser un peu perplexe les non-initiés –, c'est-à-dire les comportements qui annoncent ou renferment une potentialité de passage à l'acte, sans s'analyser en des actes préparatoires univoques.

Mais, comme on le sait, saisi d'une QPC, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 10 février 2017<sup>135</sup>, a abrogé l'article 421-2-5-2 du code pénal. Il a considéré que l'incrimination, telle que définie par le législateur, n'impliquait pas chez l'intéressé une manifestation d'adhésion à l'idéologie criminelle dont les sites consultés pouvaient faire l'apologie, de sorte que rien ne permettait, à partir des éléments constitutifs de l'infraction, d'affirmer avec certitude que la personne concernée était susceptible de s'engager dans une entreprise terroriste.

Cette décision peut être regardée comme fixant une borne, le seuil bas de la répression. La question est, en effet, de savoir jusqu'où ne pas aller trop loin lorsqu'on s'éloigne du passage à l'acte pour atteindre des comportements entretenant des relations de plus en plus ténues, équivoques ou incertaines avec celui-ci. Le Conseil constitutionnel a donné quelques arguments à plusieurs auteurs

---

132 C. cass., Crim., 12 juillet 2016, pourvoi n° 16-82.692 : le fait de se rendre en Syrie pour y manifester son soutien à l'« État islamiste » caractérise l'infraction. Voir dans le même sens : C. cass., Crim., 7 février 2017, pourvoi n° 16-87.084.

133 Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

134 Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

135 Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, M. David P. [délit de consultation habituelle de sites Internet terroristes].





et à la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH)<sup>136</sup> qui avaient mis en garde contre l'extension de la répression à des fins préventives, en soulignant qu'une telle extension exposait à un risque d'inconstitutionnalité tenant à la méconnaissance des principes de légalité des délits et des peines et de nécessité de la répression ainsi qu'à la méconnaissance du droit à la présomption d'innocence.

En particulier, le professeur Décima avait, dans une formule très nette, mis en garde contre ce mouvement qui, à ses yeux, risquait de conduire à une « *dénaturation croissante du droit pénal au profit d'une logique administrative et préventive* »<sup>137</sup>.

En définitive, il peut être tiré de la décision du Conseil que certains signaux inquiétants ou préoccupants situés dans le « bas du spectre », peuvent faire l'objet d'une surveillance dans le cadre de la police administrative, mais ne sont pas susceptibles d'engager la responsabilité pénale. Il existe donc des agissements exclusifs d'une telle responsabilité, constituant le champ propre de la police administrative.

Le Conseil constitutionnel aura, dans les mois qui viennent, l'occasion de préciser encore les limites basses de la répression, d'une part, parce qu'il a été saisi, par la chambre criminelle d'une QPC portant sur l'article 421-2-6 du code pénal incriminant « l'entreprise individuelle terroriste »<sup>138</sup> et, d'autre part, parce que, quelques jours après qu'il eut supprimé le « délit de consultation habituelle de sites terroristes », le Parlement a réintroduit celui-ci dans le projet de loi relatif à la sécurité publique. Il n'est pas totalement exclu que les dispositions correspondantes soient à nouveau soumises au Conseil constitutionnel dans un avenir plus ou moins proche<sup>139</sup>.

## **2. Les limites entre la police administrative et la police judiciaire dans le cadre de la lutte antiterroriste**

J'en viens à la deuxième question suscitée par la finalité préventive de la répression en matière de lutte antiterroriste. Elle porte sur la délimitation du champ de compétence respectif de la police administrative et de la police judiciaire, question classique mais renouvelée par la spécificité de la matière.

Le critère de délimitation est connu. Il a été dégagé par le Conseil d'État en 1951 dans un arrêt dont la solution a été consacrée par le Tribunal des conflits<sup>140</sup>.

---

136 Commission nationale consultative des droits de l'homme (Ass. plén.), Avis du 25 septembre 2014 sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, paragr. 17 : « *plus on remonte dans le temps de l'iter criminis, s'éloignant ainsi de l'instant de la commission de l'infraction finale, plus il devient délicat d'établir avec certitude la réalité exacte de l'élément [moral]* », J.O. du 5 octobre 2014.

137 O. Décima, « Terreur et métamorphose. À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme », in *Recueil Dalloz*, n° 31, 22 septembre 2016, p. 1826.

138 Depuis la tenue du colloque, le Conseil a rendu sa décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017, *M. Amadou S.* [entreprise individuelle terroriste], encadrant strictement, par une abrogation partielle et des réserves d'interprétation, le champ de l'incrimination.

139 Depuis la tenue du colloque, saisi d'une QPC, le Conseil constitutionnel, par sa décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017 *M. David P.* [délict de consultation habituelle des sites Internet terroristes II], a de nouveau abrogé les dispositions correspondantes dans leur rédaction issue de la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique.

140 CE, sect., 11 mai 1951, *Consorts Baud*, n° 92004 ; et TC, 7 juin 1951, *Dame Noualek*, n° 1.316.



Ce critère a été en quelque sorte constitutionalisé puisque très récemment, en matière de lutte antiterroriste, à sept reprises, le Conseil constitutionnel l'a mis en œuvre lorsqu'il a été saisi de la constitutionnalité de dispositions relatives à des mesures de police administrative instaurées dans le cadre de l'état d'urgence ou prévues par la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement<sup>141</sup>. Dans les décisions concernées, le Conseil constitutionnel a rappelé que la police administrative avait pour objet « *de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions* », l'autorité judiciaire ayant, quant à elle, en charge de rassembler les preuves de celles-ci et d'en identifier les auteurs<sup>142</sup>.

Toutefois, pour la mise en œuvre de ce critère, notamment en matière de lutte antiterroriste, il me semble nécessaire de distinguer, parmi les mesures de police administrative, entre celles que l'on pourrait dire de « *sûreté* », et celles que l'on pourrait dire d'« *investigation* ».

La détermination de la ligne de partage entre l'action judiciaire et les *mesures administratives de sûreté* comme, par exemple, l'assignation à résidence ou la fermeture d'une salle de spectacle, ne pose pas de difficulté. Il est évident que ce n'est pas parce qu'une infraction a été commise, ou même qu'une procédure pénale est en cours, que l'autorité administrative se trouve privée de la possibilité de faire usage de ces mesures qui ont pour objet de faire cesser un trouble à l'ordre public. Le Conseil d'État l'avait affirmé, en 1985, dans son arrêt *SARL Éditions du Pharaon*<sup>143</sup>, et le Conseil constitutionnel l'a rappelé dans une décision du 2 mars 2016<sup>144</sup> précisant qu'aucun principe constitutionnel ne s'opposait à ce que le gel des avoirs d'une personne suspectée de se livrer à des activités terroristes puisse être décidé par l'autorité administrative. Bref, mesures administratives de sûreté et mesures judiciaires peuvent être déterminées par un même comportement et coexister, les unes et les autres poursuivant leurs fins propres. La seule interrogation que peut susciter cette coexistence porte sur la combinaison des mesures dans les cas où elles sont redondantes ou incompatibles<sup>145</sup>.

La question est plus délicate s'agissant des *mesures administratives d'investigation*, tout simplement parce que des investigations portant sur les mêmes faits ne peuvent pas s'effectuer concomitamment dans un cadre judiciaire et dans un cadre administratif. Une mesure d'investigation est une mesure de police administrative ou de police judiciaire, mais elle ne peut pas être les deux à la fois. Les mesures administratives et judiciaires d'investigation s'inscrivent certes dans

141 Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

142 CC, décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, loi relative au renseignement, consid. 9 ; décision n° 2015-722 DC du 26 novembre 2015, loi relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales, consid. 10 ; décision n° 2015-490 QPC du 14 octobre 2015, *Omar K.*, [interdiction administrative de sortie du territoire], consid. 6 ; décision n° 2015-524 QPC du 2 mars 2016, *Abdel Manae M. K.* [gel administratif des avoirs], consid. 9 ; décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *Cédric D.* [assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence], consid. 5 ; décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, *ligue des droits de l'homme*, [police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence], consid. 8 ; décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, *ligue des droits de l'homme*, [perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence], consid. 4.

143 CE, ssr, 20 décembre 1985, *SARL Éditions du Pharaon*, n° 68467.

144 CC, décision n° 2015-524, QPC du 2 mars 2016, *M. Abdel Manane M. K.*

145 Cf. Circulaire du 5 novembre 2016 relative à l'articulation des mesures administratives et des mesures judiciaires en matière de lutte contre le terrorisme et la prévention de la radicalisation.

un même processus, mais, chronologiquement, les secondes, déterminées par la révélation d'une infraction, succèdent aux premières. C'est ce que le Conseil constitutionnel a rappelé dans une décision du 19 janvier 2006<sup>146</sup> à propos des réquisitions administratives de données de connexion, précisant que de telles réquisitions ne pouvaient pas avoir pour objet d'établir la preuve d'une infraction.

S'agissant des mesures d'investigation, la question est donc de déterminer le point de bascule entre police administrative et police judiciaire. Ce point devrait correspondre logiquement au « seuil de déclenchement » de l'article 40 du code de procédure pénale, qui fait obligation à l'autorité administrative, lorsqu'elle constate l'existence d'une infraction, « *d'en donner avis* » au procureur de la République. Tout cela n'a rien d'original. Cependant, dans le cadre de la lutte antiterroriste, la mise en œuvre de l'article 40 pose peut-être des difficultés particulières dans la mesure, précisément, où, d'une part, en raison de l'orientation préventive de la répression, les investigations mettent très vite au jour des agissements pouvant caractériser une infraction pénale et où, d'autre part, dans le même temps, la police administrative dispose de moyens d'investigation très intrusifs qui s'exercent dans la durée et ne se distinguent guère par leur nature de ceux de la police judiciaire. La loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement a ainsi consacré, en matière de police administrative, la possibilité de mettre en œuvre des interceptions de communications, des mesures de captation de sons et d'images ou encore de géolocalisation, qui sont autant de mesures également mises en œuvre en police judiciaire.

Ce double mouvement favorisant un chevauchement des deux phases policières rend sans doute plus difficile l'identification du point de basculement entre l'une et l'autre.

Pour reprendre les propos du président Terrier lors d'un colloque consacré à l'autorité judiciaire<sup>147</sup>, le renseignement administratif est souvent mis en œuvre pour préparer la répression judiciaire. Il existe donc, dans la police administrative, une phase que l'on pourrait qualifier de « préjudiciaire », encore qu'elle ne soit pas encadrée ou même évoquée par la loi ou la jurisprudence.

Le constat appelle deux observations.

La première est que cette zone grise, ou de transition, est inévitable et se retrouve dans bien d'autres domaines. Ainsi, en procédure pénale, la réunion d'indices graves et concordants imposant la mise en examen, en application de l'article 105 du code de procédure pénale, n'agit pas comme un couperet. La Cour de cassation admet depuis longtemps que « *le juge d'instruction a la faculté de ne mettre en examen une personne déterminée qu'après s'être éclairé, notamment en faisant procéder à son audition sur sa participation aux agissements incriminés dans des conditions pouvant engager sa responsabilité pénale* »<sup>148</sup>. *Mutatis mutandis* des solutions de même nature peuvent être envisagées pour ménager le passage de

146 CC, décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006.

147 F. Terrier, « La finalité des services de renseignement », in *La place de l'autorité judiciaire dans les institutions*, actes du colloque organisé sous l'égide de la Cour de cassation les 24 et 25 mai 2016, éd. Dalloz, Paris, 2016, p. 158.

148 Par exemple : C. cass., Crim., 30 septembre 2008, pourvoi n° 08-83.064.

l'investigation de police administrative à l'investigation de police judiciaire. Dans tous les cas, le procureur de la République, placé à la jonction des deux polices, tient un rôle essentiel dans l'organisation de ce passage.

La seconde observation tempore les développements précédents. Le législateur a créé, parfois lui-même, une zone grise en permettant que certaines mesures d'investigation de police administrative puissent tendre indifféremment à prévenir un trouble à l'ordre public et à favoriser la constatation d'une infraction. Il en est ainsi des mesures de perquisition administrative susceptibles d'être décidées par le préfet dans le cadre de l'état d'urgence. Selon les termes de l'article 11 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, ces mesures peuvent être décidées « *lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que [tel] lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* ». Même si l'objectif qui lui est donné est de police administrative, il est évident que la mesure de perquisition a un double visage. Elle est possible, y compris – voire surtout – dans le cas où le comportement suspect serait de nature à caractériser un crime ou un délit. Se pose ainsi tout spécialement à son égard la question de sa réception dans la procédure pénale.

### **3. La réception dans les procédures pénales des actes de police administrative**

Lorsque les investigations de police administrative sont suivies de mesures de police judiciaire parce qu'une infraction a été constatée, une procédure pénale est ouverte. La question est alors de savoir ce que deviennent, dans cette procédure pénale, les actes de police administrative.

La réponse est simple lorsque les mesures de police administrative correspondent à la mise en œuvre de techniques de renseignement encadrées par le code de la sécurité intérieure : elles sont alors couvertes par le secret de la défense nationale, et il n'est donc pas question que les actes y afférents soient versés dans la procédure pénale. Leur contestation est possible, mais uniquement selon la voie prévue par l'article L. 841-1 du code de la sécurité intérieure<sup>149</sup>, c'est-à-dire seulement devant le Conseil d'État et selon la procédure spécifique non contradictoire organisée à cet effet par le code de justice administrative.

Il se peut néanmoins qu'une procédure pénale soit ouverte sur une note, dite « note de judiciarisation » ou « note blanche », faisant état d'informations provenant des services de renseignement. Il faut souligner que de telles notes n'ont pas la même valeur en procédure pénale que dans le contentieux administratif des mesures de police.

---

149 « *Sous réserve des dispositions particulières prévues à l'article L. 854-9 du présent code, le Conseil d'État est compétent pour connaître, dans les conditions prévues au chapitre III bis du titre VII du livre VII du code de justice administrative, des requêtes concernant la mise en œuvre des techniques de renseignement mentionnées au titre V du présent livre. Il peut être saisi par : 1° Toute personne souhaitant vérifier qu'aucune technique de renseignement n'est irrégulièrement mise en œuvre à son égard et justifiant de la mise en œuvre préalable de la procédure prévue à l'article L. 833-4 ; 2° La Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, dans les conditions prévues à l'article L. 833-8. Lorsqu'une juridiction administrative ou une autorité judiciaire est saisie d'une procédure ou d'un litige dont la solution dépend de l'examen de la régularité d'une ou de plusieurs techniques de recueil de renseignement, elle peut, d'office ou sur demande de l'une des parties, saisir le Conseil d'État à titre préjudiciel. Il statue dans le délai d'un mois à compter de sa saisine* ».

Dans le cadre de ce contentieux, le juge administratif admet qu'il puisse en être tiré des éléments de nature à justifier la mesure de sûreté contestée<sup>150</sup>. En procédure pénale, la note peut seulement orienter les investigations judiciaires ultérieures. En aucun cas le juge pénal ne peut y puiser la preuve de l'infraction, et en aucun cas l'autorité de poursuite ne peut être liée par la qualification de l'infraction qui y est donnée, ce que la chambre criminelle a précisé dans un arrêt du 29 novembre 2016<sup>151</sup>.

Toutefois, les solutions qui viennent d'être exposées, retenues en cas de mise en œuvre d'une technique de renseignement, ne sont pas applicables à toutes les mesures d'investigation conduites dans un cadre de police administrative. Lorsqu'une telle mesure n'est pas couverte par le secret de la défense nationale, ce qui est le cas des perquisitions ou des saisies effectuées dans le cadre de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, l'acte de police administratif – par exemple, l'ordre de perquisition préfectoral – est comme intégré dans la procédure pénale dont il est le « support ». Si une contestation est élevée par voie d'exception au cours de la procédure pénale à l'encontre de cet acte, qui détermine la régularité de la procédure subséquente, le juge pénal est compétent en application de l'article 111-5 du code pénal<sup>152</sup> pour connaître de sa légalité ainsi que l'a jugé la chambre criminelle par deux arrêts du 13 décembre 2016<sup>153</sup>.

Bien entendu, lorsque le juge pénal examine la légalité d'un acte administratif il est, en quelque sorte, « juge administratif », et se détermine en se référant à la doctrine du Conseil d'État très clairement exposée, s'agissant des ordres préfectoraux de perquisition, dans son avis du 6 juillet 2016<sup>154</sup>.

## Conclusion

On le voit, en matière de lutte contre le terrorisme, la dualité des cadres d'intervention, administratif et judiciaire, soulève nombre de questions délicates, voire fondamentales, puisqu'elle conduit à s'interroger avec une acuité particulière sur les fondements mêmes de la responsabilité pénale, et le champ d'intervention respectif des autorités administrative et judiciaire.

Il n'apparaît pas toutefois que cette dualité entrave la continuité opérationnelle, condition de l'efficacité de la lutte, ou qu'elle crée un « angle mort » dans le contrôle juridictionnel exercé par les juridictions administratives et judiciaires pour la garantie du respect des droits fondamentaux. C'est, en définitive, l'essentiel.

---

150 CE, Ass, 11 octobre 1991, *Ministre de l'intérieur c. Diouri* ; CE, 3 mars 2003, *Ministre de l'intérieur c. Rakhinov* ; CE, sect., 11 décembre 2015, *Domenjoud e. a.*, n° 395009.

151 C. cass., Crim., 29 novembre 2016, pourvoi n° 16-83.513.

152 « *Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis* » (code pénal, article 111-5).

153 C. cass., Crim., 13 décembre 2016, pourvois n°s 16-82.176 et 16-84.794.

154 CE, 6 juillet 2016, M. E. et autres, M. H. et autres, n°s 398234 et 399135 [avis contentieux relatifs à la responsabilité de l'État en matière de perquisitions administratives].



---

**Jacques Petit**

*Professeur à l'université de Rennes 1,*  
**modérateur de la table ronde**

Merci M. l'avocat général pour ces propos très détaillés. L'un des intervenants souhaite-t-il y apporter un commentaire ?

---

**Mattias Guyomar**

*Président de la 10<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État*

Je souhaiterais réagir sur la question des notes blanches, et sur la manière dont le juge administratif les prend en compte dans le contrôle des mesures de police administrative. Pour ce faire, je resterai sur la question des actes qui sont pris dans le cadre de l'état d'urgence, à savoir les assignations à résidence. La jurisprudence du Conseil d'État admet la prise en compte des notes blanches. Je pense que cela part, d'abord, de la distinction – comme l'a rappelé l'avocat général Desportes – entre ce qui, pour le juge pénal, doit conduire à la caractérisation d'une infraction et, pour l'autorité de police sous le contrôle du juge administratif, ce qui relève simplement de l'appréciation d'une menace ou d'un risque.

S'agissant plus précisément des mesures d'assignation à résidence, la condition légale prévue est simplement l'existence d'une *raison sérieuse* de penser que le comportement de la personne faisant l'objet de cette mesure présente une menace pour l'ordre public. Et c'est à l'aune de cette condition légale que le juge, lorsqu'il est saisi de mesures d'assignation à résidence, en particulier en référé liberté, va prendre en compte éventuellement des notes blanches produites par l'administration. Mais il ne les tient pas pour vérité, il les prend en compte dans l'administration du dossier et dans la mise en état du litige. Se produit alors – puisque ces notes blanches sont versées au contradictoire – une forme de dialectique entre les parties. Si la note blanche est vague ou non étayée, le juge, certes, la prendra en compte, mais n'en tiendra pas compte dans la décision. Au besoin, le juge administratif peut demander à l'administration d'étayer factuellement les allégations qui figurent dans les notes blanches. Sachant que celle-ci ne le fait pas complètement parce que, pour des raisons légitimes, elle ne veut pas dévoiler ses sources et préfère garder pour elle un certain nombre d'éléments. De l'autre côté, la partie adverse réagit, objecte, et peut produire des pièces en sens inverse. Ensuite, c'est à l'issue de cet échange contradictoire, dont la note blanche ne constitue qu'un point de départ, que le juge va former sa conviction.

---

**Jacques Petit**

*Professeur à l'université de Rennes 1,*  
**modérateur de la table ronde**

Merci pour ces remarques. Je vous propose de conserver la parole pour nous faire part de votre point de vue sur les nouveaux enjeux de l'ordre public et des pouvoirs de police.

Merci M. le président. Si la police administrative se définit par son but qui est le maintien de l'ordre public, il ne s'agit, selon l'expression du doyen Hauriou (1856-1929), que de l'ordre « matériel et extérieur »<sup>155</sup>. En effet, « l'autorité de police ne peut pas prévenir les désordres moraux sans porter atteinte à la liberté de conscience, ou alors elle tend à imposer l'ordre moral » ; ainsi parlait le commissaire du Gouvernement Mayras dans ses conclusions sur l'affaire *Société « Les films Lutétia »*, en 1959<sup>156</sup>.

La filiation de sa position est très clairement établie avec celle du doyen Hauriou. Mais les positions de celui-ci peuvent également se retrouver sous la plume d'autres éminents membres de la doctrine. Je pense par exemple à Jean Waline, ou à Jean Rivero (1910-2001) qui écrivait que « Dans les régimes libéraux (...), l'ordre dans les esprits et dans les mœurs ne relève pas de la police (...). L'immoralité notamment, n'est pas, en elle-même, objet de police tant qu'elle n'est pas en relation avec des désordres extérieurs, soit directement, soit du fait des réactions que le scandale peut susciter »<sup>157</sup>.

Ces fortes affirmations tiennent plus de la revendication que de l'exacte restitution de l'état du droit. En effet, il suffit d'examiner la jurisprudence administrative pour s'apercevoir qu'à côté de la trilogie traditionnelle qui compose l'ordre public matériel (sécurité, tranquillité, salubrité), il existe, pour reprendre les termes du professeur Chapus (1924-2017), une quatrième composante qui est la « moralité publique ». Or quoi de plus immatériel qu'une telle notion, dont on peut même se demander si elle n'est pas une manière élégante de parler de « morale » tout court ?

Dans sa thèse consacrée à la police municipale, Pierre-Henri Teitgen (1908-1997) évoque ainsi « une police de la moralité publique qui a pour objet de prévenir les scandales publics, les atteintes publiques au minimum d'idées morales communément admises »<sup>158</sup>. Et l'auteur distingue entre la « morale » tout court qui est d'une certaine manière permanente, et la « moralité publique » qui serait au contraire affaire de temps et de lieu ; rejoint sur ce point notamment par notre président de séance, le professeur Petit, qui dans son commentaire des ordonnances *Dieudonné* a insisté sur le caractère essentiellement relatif de la moralité publique « qui permet d'inclure dans l'ordre public et, par là, de juridiciser des données psycho-sociales, c'est-à-dire un ensemble de

---

155 Dans son ouvrage *Précis de droit administratif et de droit public*, M. Hauriou relevait déjà que l'ordre public revêtait un élément « matériel et extérieur » ; ajoutant que « la police (...) n'essaie point d'atteindre les causes profondes du mal social, elle se contente de rétablir l'ordre matériel (...). En d'autres termes, elle ne poursuit pas l'ordre moral dans les idées ».

156 CE, sect., 18 décembre 1959, *Société « Les Films Lutétia »* et *Syndicat français des producteurs et exportateurs de films*, n<sup>os</sup> 36385 et 36428.

157 J. Rivero, *Droit administratif*, éd. Dalloz (7<sup>e</sup> édition), Paris, 1975.

158 P.-H. Teitgen, *La Police municipale, étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, thèse pour le doctorat, université de Nancy, faculté de droit, éd. Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1934 (réédition Dalloz, Paris, 2012, sous le titre : *La police municipale*).



valeurs, de croyances et de mœurs qui définissent ce qui, dans une collectivité donnée à un moment donné, est regardé comme normal ou convenable »<sup>159</sup>.

Il est vrai qu'il est assez difficile d'objectiver les effets, scandaleux en eux-mêmes, d'un acte ou d'un comportement lorsqu'il reste d'ordre immatériel. Pourtant la jurisprudence s'y emploie, et ce depuis longtemps. Si l'on remonte un peu dans le temps, on trouve ainsi certaines décisions qui ont le parfum de leur époque :

- CE, 17 décembre 1909, *Chambre syndicale de la corporation des marchands de vin et liquoristes de Paris*, Rec. p. 990. Le Conseil d'État juge légale l'interdiction du préfet de police d'utiliser un établissement qui recevait habituellement des filles ou des femmes pour s'y livrer à la prostitution, en jugeant que le préfet de police n'avait fait qu'user de ses pouvoirs en vue d'assurer le bon ordre et la moralité publique.

- CE, 7 novembre 1924, *Club indépendant sportif châlonnais*, Rec. p. 863. S'agissant de combats de boxe particulièrement sauvages, c'est la notion d'hygiène morale qui fonde ici l'interdiction prononcée par le maire. Et le Conseil d'État juge que, ce faisant, le maire a retenu un motif qui ne peut pas être étranger à l'ordre public et qu'il n'en a pas fait un usage abusif.

- CE, 30 septembre 1960, *Sieur Jauffret*, Rec. p. 504. La fermeture par le préfet d'une maison meublée où avaient été constatés des faits de prostitution a été jugée légale, avec cette formule – toujours d'actualité : « *il appartient à l'autorité investie des pouvoirs de police de prendre toute mesure nécessaire à faire cesser un trouble apporté à l'ordre public, et notamment d'ordonner la fermeture des lieux de débauche portant atteinte à la moralité publique et par là générateurs d'un tel trouble* ».

- CE, sect., 18 décembre 1959, *Société « Les Films Lutétia » et Syndicat français des producteurs et exportateurs de films*, Rec. p. 693. Il s'agit là d'une décision importante et très commentée. Dans cette affaire, un maire avait interdit la diffusion, sur le territoire de sa commune, d'un film<sup>160</sup> dont le ministre avait autorisé l'exploitation au niveau national. Le Conseil d'État juge que le maire, en tant que responsable du maintien de l'ordre dans sa commune, pouvait interdire cette projection dès lors : soit qu'elle était susceptible d'entraîner des troubles sérieux, soit qu'à raison du caractère immoral du film et de circonstances locales une telle projection était préjudiciable à l'ordre public. Ce qui avait convaincu le commissaire du Gouvernement Mayras de conclure à l'annulation de cette interdiction était l'absence de troubles matériels, disant qu'à elle seule l'immoralité du film ne pouvait pas justifier une interdiction. Le Conseil d'État ne l'a pas suivi. Cette décision est d'autant plus importante que le juge administratif se trouvait là dans une forme d'ordre immatériel au carré : trouble immatériel car de nature morale, et source du trouble également immatérielle s'agissant de la projection d'un film. Dans cette affaire, le juge n'a donc pas eu à connaître de faits incarnés comme ceux, par exemple, de personnes se livrant à la prostitution ou à un combat

159 J. Petit, « Les ordonnances *Dieudonné* : séparer le bon grain de l'ivraie », in *AJDA*, 2014, pp. 866-874.

160 *Le Feu dans la peau*, film français réalisé par Marcel Blistène, sorti en 1954.



de boxe. C'est pourquoi, nous avons ici cette double dimension immatérielle, à la fois dans la source du trouble, et dans le contenu donné à l'ordre public, à savoir la prévention d'un scandale moral.

Aujourd'hui, la démarche empruntée pour adopter la solution retenue dans la décision de 1959 semble retrouver une seconde jeunesse à raison, notamment, du fort développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication, et tout particulièrement de l'Internet. C'est ainsi que nous constatons une montée en puissance et un renouvellement des questions qui touchent à l'ordre public immatériel.

Trois principaux facteurs me semblent expliquer cette évolution :

- l'enrichissement du contenu de l'ordre public, en particulier dans sa composante immatérielle ;
- le contexte actuel, qui se caractérise par le développement et la montée en puissance de la dématérialisation, aussi bien des actes que des comportements ; ce qui entraîne une sensibilité accrue à tout ce qui est immatériel (paroles, « tweets » ou gazouillis<sup>161</sup>, comportements d'ordre symbolique, etc.). Les troubles à l'ordre public revêtent ainsi de plus en plus, en eux-mêmes, une dimension immatérielle ;
- les interventions contrastées des autorités investies du pouvoir de police et les attentes contradictoires du corps social : aussi les litiges dont le juge administratif a à connaître et qui se multiplient – traduisant la juridicisation croissante des questions de société à travers le monde –, sont-ils à front renversé. Dans certains cas, il y a une intervention en plein d'une autorité de police – souvent dans des configurations inédites – qui va être contestée comme inadéquate ou excessive, dans d'autres cas, l'abstention du pouvoir de police – voire sa carence – est mise en avant pour saisir le juge en lui demandant de combler cette demande insatisfaite d'intervention au nom d'un ordre public de plus en plus immatériel.

## 1. L'enrichissement du contenu de l'ordre public

L'un des éléments déterminants dans ce renouvellement des valeurs inscrites dans la notion d'ordre public est la décision de 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*<sup>162</sup>, qui a consacré en tant que telle la dignité de la personne humaine comme composante de l'ordre public. À l'époque, le commissaire du Gouvernement Frydman avait même proposé d'en faire un sous-ensemble de la moralité publique. Le Conseil d'État ne l'a pas suivi, affirmant que même en l'absence de circonstances locales particulières l'atteinte à la dignité humaine habilitait l'autorité investie du pouvoir de police – en l'espèce le maire – à intervenir pour interdire le fait générateur de cette atteinte.

L'on voit ici deux choses qui changent et une troisième chose qui apparaît en raison de ces deux changements : une nouvelle valeur sociale fondamentale est érigée comme faisant partie de l'ordre public : la « dignité ». Le caractère inédit de cette

161 Brefs messages échangés sur la plate-forme *Twitter*.

162 CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727.



nouvelle composante immatérielle tient à son caractère *absolu*, contrairement à la « moralité publique » par essence contingente, relative, et qui suppose des circonstances locales particulières<sup>163</sup> ; tandis que la notion de dignité forme un bloc, que l'on ne peut pas apprécier différemment en France selon les circonstances locales. Et cette valeur absolue que possède la dignité, alors même que ses contours ne sont pas toujours faciles à définir, entraîne des conséquences particulières.

À cet égard – je quitte un bref instant le domaine de l'ordre public –, il faut préciser qu'en matière de répression administrative, la jurisprudence a aussi été amenée à manier la notion de dignité humaine. Le Conseil d'État a ainsi jugé légale la suspension d'une autorisation d'émettre à la suite de propos tenus par un animateur de radio se réjouissant à l'antenne de la mort d'un policier (CE, 20 mai 1996, *Société Vortex*, n° 167694 ; et dans le même sens : CE, 9 octobre 1996, *Association « Ici et maintenant »*, n° 173073, à propos de la diffusion à l'antenne de propos racistes et antisémites jugés attentatoires à la dignité de la personne humaine). Le contentieux de la responsabilité de la puissance publique est également concerné. Le Conseil d'État a ainsi jugé récemment que lorsque la responsabilité de l'État devait être engagée à raison de conditions de détention indignes, le constat de cette atteinte à la dignité humaine du fait des conditions de détention rendait ladite atteinte constitutive par elle-même d'un préjudice moral<sup>164</sup>. Ce qui montre bien l'effet presque mécanique qu'entraîne le constat d'une atteinte à la dignité humaine.

Revenons au contentieux de la police administrative : le respect de la dignité humaine provoque des mutations dans notre contrôle juridictionnel – mutations que le professeur Petit a très brillamment décrites dans ses commentaires sur l'affaire *Dieudonné*. C'est pourquoi notre « logiciel Benjamin »<sup>165</sup>, qui fait que l'on met en balance, d'un côté, ce qui peut justifier, au nom de l'ordre public, une mesure de police, et, de l'autre, la garantie des droits et libertés individuels, ne fonctionne plus dès lors qu'une atteinte à la dignité humaine est caractérisée. En effet, qu'est-ce qui pourrait justifier que l'on accepte, fût-ce dans une infime mesure, qu'il soit porté atteinte à la dignité humaine ? Dans un tel cas, le contrôle gradué propre au contrôle de proportionnalité ne fonctionne pas. C'est tout ou rien. Si atteinte il y a<sup>166</sup>, la seule mesure possible – la seule efficace – est l'interdiction. De sorte que le contrôle de proportionnalité, qui est inhérent au contrôle de la mesure de police, ne convient pas à l'hypothèse dans laquelle la mesure de police est prise au nom de la composante « dignité de la personne humaine » de l'ordre public.

Prenons l'exemple de l'affaire dite « la soupe de cochon »<sup>167</sup> : en 2007, le Conseil d'État a eu à connaître un référé dans lequel était contestée l'interdiction par le préfet de distribution d'aliments, type soupe populaire, composés à dessein et

163 V. notamment : CE, 11 mai 1977, *Ville de Lyon*, n° 01567 ; CE, 8 décembre 1997, *Commune d'Arcueil*, n° 171134.

164 CE, 2 décembre 2015, *M. B. A.*, n° 371944.

165 CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, n°s 17413 et 17520.

166 C'est au stade de la caractérisation de l'atteinte à la dignité que se situe l'appréhension, par le juge, de l'ensemble des éléments du dossier. Ainsi, il est jugé qu'eu égard aux prescriptions relatives au relèvement et à l'inhumation des dépouilles de soldats morts au combat qu'il comporte, un arrêté d'autorisation d'installation classée pour la protection de l'environnement ne porte pas atteinte au respect de la dignité humaine (CE, 26 novembre 2008, *Syndicat mixte de la vallée de l'Oise*, n° 301151).

167 CE statuant en référé, 5 janvier 2007, *Ministre d'État, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c. association « Solidarité des français »*, n° 300311.

exclusivement à partir de viande de porc. On voit bien que cela était délibéré pour exclure du bénéfice de ce secours certaines populations. Dans ce contexte, le Conseil d'État a admis qu'à raison des possibles réactions que cette distribution de soupe au cochon pouvait susciter, et de l'atteinte à la dignité humaine qui pouvait en être perçue, l'interdiction était légale. Nous sommes ici dans la même problématique qu'en 1995 avec le lancer de nain : le juge n'a pas le choix, l'interdiction doit être totale.

## 2. Les configurations contrastées des litiges portés devant le prétoire du juge administratif

Les configurations que nous retrouvons dans le prétoire du juge administratif sont différentes selon que le litige se noue sur une intervention en « plein » de l'autorité de police ou, au contraire, sur une absence d'intervention (ou une intervention insuffisante) de celle-ci qui suscite une demande inhabituelle de davantage de police administrative.

Pour illustrer mon propos, je vais quitter un bref instant la police générale pour parler de la police du cinéma. Cette police spéciale est définie par le législateur – seul habilité à déterminer les valeurs protégées par l'ordre public qu'une telle police doit défendre –, et confiée au ministre chargé de la culture. Cette police spéciale doit impérativement respecter deux objectifs : la protection de la jeunesse et la protection de la dignité humaine<sup>168</sup>.

Le juge administratif<sup>169</sup> constate actuellement une multiplication des litiges, qui correspondent à des stratégies contentieuses assumées de la part d'associations au nom d'une forme d'ordre moral qu'elles revendiquent et qui attaquent des visas d'exploitation en tant qu'ils sont trop permissifs. Il doit donc se prononcer sur la légalité de cette mesure de police restrictive qui subordonne l'exploitation d'un film à la possibilité d'en déterminer l'accès en fonction de l'âge du public. On touche là à des éléments difficiles à définir de manière abstraite et préalable.

Au vu du film et, surtout, d'un certain nombre de considérations « morales », le juge tente de se représenter l'état des consciences actuelles et de cerner ce qui peut être visible par tel ou tel public. Cela a été le cas, par exemple, avec les films *AntiChrist* du réalisateur Lars von Trier et *La vie d'Adèle* du réalisateur Abdellatif Kechiche. Le Conseil d'État a jugé que le film *AntiChrist*, initialement interdit aux moins de seize ans, devait être interdit aux moins de dix-huit ans en raison de nombreuses scènes présentant une image dégradante de la sexualité et empreintes d'une très grande violence physique et psychologique<sup>170</sup>. Pour ce qui concerne *La vie d'Adèle*, en revanche, le Conseil d'État a jugé légal le visa d'exploitation de ce film initialement assorti de la seule interdiction aux mineurs de douze ans et d'un avertissement, en relevant notamment que les scènes de sexe qui présentaient un caractère de réalisme indéniable étaient « *d'une part, exemptes de toute violence*

168 Articles L. 211-1 et R. 211-12 du code du cinéma et de l'image animée.

169 Désormais la Cour administrative d'appel de Paris est seule compétente pour connaître en premier et dernier ressort des recours contre les visas d'exploitation : cf. décret n° 2017-150 du 8 février 2017 relatif au visa d'exploitation cinématographique.

170 CE, 13 janvier 2017, *Ministre de la culture et de la communication*, n° 397819.



*et, d'autre part, filmées sans intention dégradante* »<sup>171</sup>. Dans ces deux exemples, nous avons donc, d'un côté, l'image dégradante de la sexualité et, de l'autre côté, l'absence d'intention dégradante. On est là, véritablement, dans cette notion d'« immatériel au carré » que j'évoquais précédemment : la projection ici d'une image qui donne à voir une représentation, dégradante ou non, de la sexualité, à l'aune de l'idée que l'on se fait de la dignité humaine.

Au moment de la consécration de la notion de dignité humaine, il avait été craint que celle-ci ne devienne un instrument trop facilement utilisé, voire banalisé, pour l'intervention du pouvoir de police. En réalité, et fort heureusement, ces craintes ne se sont pas avérées fondées. Nous avons, en effet, assez peu de mesures de police fondées sur la notion de dignité humaine, alors même qu'un certain nombre de litiges s'en revendiquent pour attaquer l'absence d'intervention des autorités de police. Je citerai deux exemples dans lesquels le juge, à chaque fois, a rejeté de telles demandes, témoignant par là d'une acception restrictive quant à l'utilisation de cette notion.

Le premier exemple concerne un spectacle « Exhibit B » qui donnait à voir, par des représentations très imagées, le traitement inhumain réservé aux personnes de couleur noire, soit pendant la période coloniale, soit pendant la période d'*Apartheid* en Afrique du Sud<sup>172</sup>. Le centre Dumas-Pouchkine des diasporas et cultures africaines avait attaqué le refus d'interdire ce spectacle. Le Conseil d'État a jugé en référé que cela n'était pas manifestement illégal, dès lors que l'intention même du spectacle était de dénoncer, dans un discours critique, ce qui avait été inhumain ; ce qui ne portait donc aucunement atteinte à la dignité humaine.

Le second exemple, souvent commenté, concerne une affaire de gâteaux fabriqués dans la ville de Grasse – affaire que j'ai eu à connaître en référé<sup>173</sup>. Un pâtissier croit malin de réaliser des pâtisseries obscènes représentant des personnes de couleur noire, nues et dans des postures pornographiques. Ce faisant, il se réclame de la tradition iconographique coloniale. C'est donc un acte délibéré.

Le Conseil représentatif des associations noires de France (CRAN) prend une stratégie contentieuse particulière qui n'est pas d'aller au pénal (par exemple, pour incitation à la haine raciale), mais de demander au maire d'interdire, au titre de ses pouvoirs de police, l'exposition en vitrine desdits gâteaux. Le maire refuse, et le CRAN dépose une requête en référé au tribunal administratif qui enjoint au maire d'interdire l'exposition en vitrine. Le pâtissier défère à l'injonction, mais continue de fabriquer et de vendre ses gâteaux ; tandis qu'avec la publicité faite à cette affaire, notamment dans la presse, les gens se pressent pour aller voir les gâteaux en question et les acheter. En appel, le Conseil d'État infirme l'ordonnance retenue en première instance en précisant que la carence (abstention, puis refus) du maire d'user de ses pouvoirs de police pour interdire la seule exposition de ces gâteaux n'était pas, par elle-même, attentatoire à la dignité humaine, quelles que choquantes que pussent être ces pâtisseries. Cette décision manifeste bien

171 CE, 28 septembre 2016, *Association « Promouvoir » et autres*, n° 395535.

172 CE, ordonnance du 11 décembre 2014, *Centre Dumas-Pouchkine des diasporas et cultures africaines*, n° 386328.

173 CE, ordonnance du 16 avril 2015, *Société « Grasse Boulange »*, n° 389372.



la volonté de ne pas trop user du standard de la dignité humaine, et d'éviter également toute forme d'instrumentalisation du juge autour de cette notion.

Je terminerai avec l'autre configuration qui se rencontre plus fréquemment et qui concerne les litiges noués autour de mesures de police dont l'objet renvoie au contenu renouvelé de l'ordre public immatériel.

À cet égard, je mentionnerai – même si cela a été évoqué précédemment – les décisions concernant l'interdiction du spectacle de l'humoriste Dieudonné, tant il s'agit là d'un élément très important pris en référé. Le 9 janvier 2014, le juge des référés du Conseil d'État considère qu'il n'y a pas d'illégalité manifeste à avoir interdit ledit spectacle<sup>174</sup>. Pour ce faire, le juge retient un faisceau d'éléments de nature à justifier l'intervention d'une mesure de police aux effets particulièrement notables. On est bien là dans l'immatériel pur : aucun risque de désordre (dans la rue) n'ayant été mis en avant. Il s'agissait simplement de se prémunir contre le risque que soient tenus des propos d'incitation à la haine raciale ou d'apologie du génocide juif. Et le juge des référés relève que ces propos pénalement répréhensibles – ou le risque qu'ils soient tenus – sont de nature à mettre en cause la cohésion nationale ; que le risque de graves atteintes au respect des valeurs et des principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration de 1789 et la tradition républicaine, sont de nature à ce que l'interdiction ne soit pas considérée comme manifestement illégale.

Cette décision qui touche à la liberté d'expression et de communication a été très discutée, car même si l'on est face à une composante incontestable de l'ordre public, le spectre de la censure a ressurgi. Dans ce contexte, le débat reste ouvert : faut-il attendre la réalisation de l'infraction pour que le régime répressif intervienne, ou peut-on agir à titre préventif ? De ce point de vue, le Conseil d'État, statuant au fond sur la circulaire du ministre de l'intérieur, qui avait donné le « mode d'emploi » aux préfets pour traiter des spectacles de M. Dieudonné, tranche un certain nombre de questions<sup>175</sup>.

Cette décision du 9 novembre 2015 précise notamment « *qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police administrative de prendre les mesures nécessaires, adaptées et proportionnées pour prévenir la commission des infractions pénales susceptibles de constituer un trouble à l'ordre public sans porter d'atteinte excessive à l'exercice par les citoyens de leurs libertés fondamentales ; que dans cette hypothèse, la nécessité de prendre des mesures de police administrative et la teneur de ces mesures s'apprécient en tenant compte du caractère suffisamment certain et de l'imminence de la commission de ces infractions ainsi que de la nature et de la gravité des troubles à l'ordre public qui pourraient en résulter* ».

Ce faisant, le Conseil d'État confirme clairement que le pouvoir de police administrative doit être actionné quand on est à l'aube de la commission d'une infraction pénale.

174 CE, ordonnance du 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374508.

175 CE, 9 novembre 2015, *Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 376107.



Le second point important de cette décision précise que les « *propos et gestes, notamment ceux à caractère antisémite, incitant à la haine raciale et faisant l'apologie des discriminations, persécutions et exterminations perpétrées au cours de la seconde guerre mondiale, peuvent porter atteinte à la dignité de la personne humaine, alors même qu'ils ne provoqueraient pas de troubles matériels* ». La décision du Conseil d'État assume le fait que la composante uniquement immatérielle du trouble provoqué par la tenue de propos tels que ceux prononcés dans le spectacle de M. Dieudonné justifie pleinement la mesure d'interdiction.

Ensuite, le Conseil d'État précise que « *le ministre de l'intérieur n'a pas excédé sa compétence en mentionnant, au nombre des éléments permettant de justifier l'interdiction de la représentation d'un spectacle par l'autorité de police, les propos ou scènes qui seraient susceptibles de porter atteinte à la dignité de la personne humaine* ».

Pour terminer, je souhaiterais préciser un certain nombre d'éléments sur la série des arrêtés estivaux anti-burkini, car je trouve qu'ils sont tout à fait symptomatiques du fait que l'on mobilise, parfois de manière excessive, l'ordre public dans sa dimension immatérielle au nom d'une conception d'un ordre social, moral ou républicain, en passant les bornes de ce que la police administrative peut légalement faire.

Il a été fait mention précédemment de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public<sup>176</sup>. Dans sa décision du 7 octobre 2010<sup>177</sup>, le Conseil constitutionnel avait rangé au nombre « *des fins de protection de l'ordre public* » la prévention de toute méconnaissance des « *exigences minimales de la vie en société* ».

On le voit, derrière cet ordre public (et social) immatériel, il y a une dimension de protection des valeurs de la République.

Dans le contexte tragique de l'attentat islamiste de Nice<sup>178</sup>, un certain nombre de communes du littoral du sud-est de la France avaient pris des arrêtés interdisant le port de certaines tenues sur la plage ; lesdites tenues étant simplement définies, soit comme contraires aux principes de la laïcité, soit comme manifestant de manière ostensible une appartenance religieuse ; même si ensuite, dans les litiges, il avait été précisé que lorsqu'il s'agissait de personnes en burkini venant sur les plages, cela pouvait susciter des réactions violentes de rejet ou d'inquiétude de la part de la population.

Dans deux ordonnances rendues à trois juges des référés<sup>179</sup>, le Conseil d'État a très clairement dit qu'une telle interdiction n'était pas possible. On retrouve ici la question du fondement légitime de l'exercice du pouvoir de police.

---

176 Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

177 CC, décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010.

178 L'attentat survenu à Nice dans la nuit du 14 juillet 2016 a causé la mort de quatre-vingt-six personnes, dont dix enfants et adolescents.

179 CE, ordonnances du 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres - association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*, n°s 402742, 402777 ; et CE, ordonnance du 26 septembre 2016, *Association de défense des droits de l'homme - collectif contre l'islamophobie en France*, n° 403578.



Quand il s'agit du législateur sous le contrôle du juge constitutionnel, et que ce dernier affirme qu'il n'y a pas de contrariété à la Constitution, l'exercice du pouvoir de police peut s'effectuer. Mais quand il s'agit, sur le fondement d'une notion aussi plastique et large que celle « *d'assurer le bon ordre* » (art. L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales), il est plus difficile d'y ranger des éléments tenus comme contraires aux principes de la laïcité. C'est pourquoi le Conseil d'État a rappelé que seules pouvaient légalement habiliter, au nom des nécessités de l'ordre public, l'autorité de police à intervenir pour restreindre la liberté d'aller et venir sur la plage, compte tenu des circonstances de temps et de lieu, les exigences qu'impliquent : le bon accès au rivage, la sécurité de la baignade, l'hygiène et la décence sur la plage. Les arrêtés municipaux ont donc été suspendus.

## Conclusion

Ayant commencé par le passé, je vais terminer mon intervention par une évocation du passé. Ces arrêtés de 2016 apparaissent également très intéressants lorsqu'on les rapproche d'une décision de 1930, dans laquelle il était également question d'un arrêté municipal réglementant les tenues aux abords des plages<sup>180</sup>.

À l'époque, le maire avait interdit aux personnes de se promener en costume de bain sans peignoir sur les voies et dans les lieux publics, avant d'ajouter que même en peignoir cela était interdit. Le Conseil d'État précisa alors que s'il appartenait au maire de prohiber la circulation des baigneurs dans des tenues contraires à la décence, et notamment le port du costume de bain sans peignoir sur les voies et dans les lieux publics, il ne pouvait pas, comme il l'avait fait, interdire par voie de disposition générale la circulation en costume de bain, même avec le peignoir.

Dans ces deux cas, on est à front renversé : en 1930, l'on était trop déshabillé pour se promener, tandis qu'en 2016, l'on est trop couvert pour aller se baigner. Ces affaires montrent ainsi, *mutatis mutandis*, le caractère relatif des valeurs que l'on peut chercher à protéger au nom de la moralité publique ou de la décence.

En revanche, ce qui est permanent dans ces deux affaires de 1930 et de 2016, c'est la question posée au juge. Dans tous les cas, en effet, le juge doit toujours se demander – et cela est beaucoup plus délicat quand une composante immatérielle de l'ordre public est mise en avant – si l'autorité de police est habilitée à discipliner telle ou telle pratique sociale, ou si, ce faisant, au nom d'un ordre social – voire moral – républicain, l'autorité de police n'a pas excédé ce que le respect de l'ordre public permettait de porter comme atteinte à un certain nombre de droits et de libertés.

---

**Jacques Petit**

*Professeur à l'université de Rennes 1,*  
**modérateur de la table ronde**

Merci pour ce long exposé. Je donne maintenant la parole au professeur Raynaud.

---

180 CE, 30 mai 1930, *Beaugé*, n° 89673.

Merci M. le président. Parce que les références sur le sujet que nous traitons sont aisément prévisibles et ont été déjà maintes fois citées – il s'agit notamment de la décision « lancer de nain » de 1995, des ordonnances du juge des référés sur l'affaire *Dieudonné* de 2014 et des discussions sur le « burkini » avec l'ordonnance du 26 août 2016 –, je vous propose de mesurer la manière dont les acteurs politiques comprennent l'évolution de la notion d'ordre public, en jouent pour les fins qui leur sont propres et, enfin, dans une certaine mesure – assez maigre – contribuent à la faire évoluer.

À cet égard, deux cas me paraissent typiques de ce genre d'approche ; cas dans lesquels on trouve en partie les mêmes acteurs : M. Valls, la première fois comme ministre de l'intérieur et la seconde fois comme Premier ministre, les préfets, les élus municipaux et, bien entendu, les membres du Conseil d'État. Le tout avec des résultats différents, dont on se demandera si cette différence a ou non une signification au-delà du problème qui était posé dans les cas d'espèces en question.

Premier cas : l'interdiction du spectacle « Le mur » de M. Dieudonné M'Bala M'Bala.

Ce spectacle a été interdit à l'issue d'une série d'ordonnances de référés rendues entre le 9 et le 11 janvier 2014. Le point intéressant – auquel il a été fait allusion précédemment – est le fait que, d'emblée, le ministre de l'intérieur M. Valls avait fourni une sorte de *kit* aux préfets pour leur donner l'argumentaire nécessaire puisqu'il leur était enjoint d'interdire le spectacle « Le mur » ; ledit *kit* prenant acte des possibilités nouvelles offertes par la notion d'ordre public immatériel, dont l'un des effets principaux « quand même » était de permettre, au nom de principes nobles et incontestables, comme la dignité de la personne humaine, de contourner ou de réinterpréter les principes classiques dégagés depuis les célèbres conclusions du commissaire du Gouvernement Corneille sur l'arrêt *Baldy*<sup>181</sup>, avec le principe que « toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle et la restriction de police l'exception ».

L'effet de l'ordre public immatériel consiste à moduler ce principe général.

En l'occurrence, la mesure d'interdiction prise par le préfet est d'abord levée par le tribunal administratif de Nantes qui, tenant compte des arguments avancés, considère que le spectacle ne peut pas être regardé comme ayant pour objet essentiel de porter atteinte à la dignité humaine, et que le risque de trouble à l'ordre public causé par cette manifestation ne peut pas fonder une mesure aussi radicale que l'interdiction de ce spectacle<sup>182</sup>. Le tribunal annule donc l'arrêt d'interdiction, mais, finalement, pour des raisons que le président Guyomar a rappelées précédemment, le Conseil d'État donne raison au ministre de l'intérieur.

---

181 CE, 10 août 1917, *Baldy*, n° 59855.

182 TA de Nantes, référé du 9 janvier 2014, *Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 1400110.



À ce stade, et sans entrer dans le débat de fond, le débat public me semble montrer ici un décalage profond entre la sphère politique et le monde du droit, en tout cas le monde des juridictions.

Chez les politiques, on voit que les réactions se répartissent selon une logique partisane – au demeurant assez prévisible –, qui conduit, à gauche, à mettre en valeur la validité du combat mené par le ministre de l'intérieur M. Valls – qui profite de cette affaire pour redorer son blason dans son camp politique où d'aucuns lui reprochaient de ne pas être suffisamment à gauche –, et, à droite, à être plus réservé en insistant, d'un côté, sur les risques politiques du processus en cours (par exemple, faire de M. Dieudonné un martyr) et, de l'autre côté, sur les risques politico-juridiques pris par M. Valls d'essuyer un désaveu du Conseil d'État qui ferait le jeu de ceux qu'il voulait combattre.

Finalement, le ministre de l'intérieur sort largement vainqueur de la controverse politique dans la mesure où le Conseil d'État vient conforter la thèse qu'il avait défendue depuis le début. Chacun est donc obligé de s'incliner, à l'exception de l'association présidée par M. Bernard Antony<sup>183</sup> qui dénonce le fait que le ministre de l'intérieur a transformé le Conseil d'État en juridiction « léniniste ». Alors même que, si l'on s'intéresse non plus aux juridictions mais à la doctrine, l'on s'aperçoit que le milieu des professeurs de droit est assez largement divisé sur cette affaire.

La conclusion de cette procédure est que la *dignité de la personne humaine* peut justifier des mesures restrictives, voire préventives, contre la liberté d'expression lorsque cette dernière risque d'y attenter.

Second cas : les affaires de burkinis.

Dans ces instances, si les acteurs sont en partie les mêmes que dans l'affaire *Dieudonné*, les relations qui vont se nouer entre eux sont tout à fait différentes.

Tout d'abord, l'initiative ne vient pas du Gouvernement, mais de maires qui réagissent comme ils peuvent – c'est-à-dire somme toute assez maladroitement – au climat de panique qui a suivi les attentats en France de 2015 et de 2016, et qui estiment qu'ils sont confrontés à un problème qui a été créé, au moins en partie, de manière artificielle par les milieux islamistes.

En outre, le Premier ministre M. Valls, qui est l'ancien ministre de l'intérieur, joue manifestement le même jeu que celui qu'il avait joué dans le cas de M. Dieudonné (même stratégie et même posture politique). Seulement cette fois-ci la situation va être l'inverse : il a le soutien du tribunal administratif de Nice, mais il est finalement désavoué par le Conseil d'État. Il se trouve, par ailleurs, largement isolé dans son camp politique alors qu'il y était très soutenu dans l'affaire *Dieudonné*. Tandis qu'une partie significative de la droite parlementaire « s'emballe » quelque peu dans cette affaire en estimant, au vu du jugement du Conseil d'État, qu'il devient nécessaire de faire une loi contre le burkini.

---

183 Bernard Antony est président de l'Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF) et président de Chrétienté-Solidarité.



Ce contexte, très différent de celui de l'affaire *Dieudonné*, met au jour des divisions profondes de l'opinion française en réactivant, dans la sphère politique et dans la sphère médiatique, d'autres débats, comme ceux, par exemple, qui avaient été suscités par l'affaire dite « de la crèche Baby-Loup »<sup>184</sup>, avec un engagement passionné de la gauche radicale rencontrant parfois certains libéraux<sup>185</sup>. Par ailleurs, l'affaire du burkini connaît des répercussions majeures dans la presse internationale, où l'on voit notamment renaître la vieille antipathie des libéraux américains pour la laïcité française ; antipathie qui s'affiche à travers les mêmes journaux qui, peu de temps auparavant, avaient pourtant compati aux malheurs des Français après l'attentat de Nice et l'égorgeement d'un prêtre en pleine célébration de messe quelque temps après, et qui là, au contraire, se réveillent pour dénoncer le côté « liberticide » de la France envers la liberté religieuse...

Or, finalement, la vérité juridique telle que la dégage le Conseil d'État semble être que, d'un côté, la laïcité ne peut pas permettre la prohibition de conduites religieuses qui sont des expressions de la liberté de conscience – ici la liberté est la règle –, mais, de l'autre côté, on ne peut pas raisonner sur le burkini comme on l'avait fait, par exemple, sur la burqa dans la loi de 2010<sup>186</sup> qui là interdisait quelque chose non pas parce que c'était un signe religieux mais parce que cela entraînait la dissimulation du visage ; les vêtements de bain islamiques n'étant pas, par ailleurs, en eux-mêmes, en contradiction avec le principe d'égalité et ne constituant pas une offense à la dignité de la femme.

Les mauvais esprits en concluront bien entendu que, de nos jours, la liberté d'expression est défendue dans toute sa rigueur dès lors qu'il est question de manifester son attachement à une religion – là on n'a pas simplement le droit d'exprimer une opinion –, mais qu'elle est en revanche plus fragile dès lors que l'on admet que certaines opinions pourraient porter atteinte à la dignité de la personne humaine – cela étant particulièrement évident dans les opinions de M. Dieudonné M'Bala M'Bala.

Mais ce qui un jour posera peut-être quelques questions, c'est dès lors, par exemple, que l'expression de certaines opinions religieuses pourrait conduire à porter un jugement négatif sur certains comportements que l'on pourrait estimer aller dans le sens d'une atteinte à la dignité humaine.

Il y a donc une évolution importante de nos libertés publiques, dont je crois que tout ce que l'on peut dire c'est qu'elle n'est pas toujours clairement perçue, ou alors à travers toutes sortes de « voiles » par les milieux politiques proprement dits. Le débat est en outre compliqué par le fait que les milieux politiques interfèrent largement avec le législateur. Et comme les parlementaires se trouvent empiriquement issus des milieux politiques, l'on peut estimer que nous aurons peut-être quelques difficultés dans les années qui viennent.

---

184 C. cass., Ass. plén., 25 juin 2014, *Association Baby-Loup*, pourvoi n° 13-28.369.

185 St. Henneville-Vauchez, V. Valentin, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, éd. LGDJ, coll. Exégèses, Paris, 2014.

186 Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.



Aujourd'hui, je crois que ce que manifestent les deux affaires que j'ai évoquées, et notamment la facilité – évidemment bienvenue – avec laquelle les positions du Conseil d'État ont été acceptées par les politiques, c'est qu'il y a une force indiscutable du droit qui vient de ce que chacun accepte finalement – et loin de l'évidence intrinsèque de ces principes – que les juridictions puissent suspendre des controverses dans lesquelles les politiques savent que les prises de position partisans sont, justement, partisans et partiales ; et qu'il existe un risque politique considérable à étendre indéfiniment des discussions.

Mais, inversement, il y a potentiellement une fragilité du droit dont la puissance repose, en partie, sur l'existence d'un consensus minimal des parties dont il n'est pas tout à fait certain qu'il soit durable, car – si je puis me permettre une remarque non pas de juriste mais de politiste – ce consensus dépend lui-même, d'une manière tautologique, de la survie d'un système partisan qui aujourd'hui est peut-être d'ores et déjà en crise.

De ce point de vue, il n'est pas tout à fait certain que la situation soit vraiment meilleure que sous la troisième République où, dans un régime d'État de droit – certes imparfait –, les partis (républicains) acceptaient bon gré mal gré la priorité de la liberté d'expression sur l'ordre public, et où les questions, par exemple dites « de laïcité », se réglaient sur la base d'un consensus implicite, entre l'ancienne et la nouvelle France, qu'il serait parfaitement impossible de reconstituer aujourd'hui. Au final, ce qui n'est pas douteux c'est que nous sommes protégés aujourd'hui par la solidité de nos juridictions, mais que nous ne savons pas quel est l'état de notre système politique.





## L'émergence d'un ordre public européen

### Sommaire

Éléments de problématique .....	71
Biographie des intervenants .....	73
Actes.....	77



# Éléments de problématique

---

Les diverses facettes de la notion d'ordre public, qui recouvre à la fois un objectif matériel de protection de la sécurité publique au sens large et une exigence de respect impératif de certaines règles juridiques fondamentales ou droits fondamentaux, se retrouvent, au niveau européen, aussi bien dans le droit de l'Union européenne que dans le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention EDH). Le droit de l'Union européenne comme la Convention EDH connaissent, en effet, de nombreuses « clauses d'ordre public » qui permettent de limiter un droit individuel ou d'y porter atteinte lorsque l'ordre public est en cause, ou encore qui autorisent les États membres à déroger à une règle européenne lorsque des considérations d'ordre public sont en jeu. En miroir, ces droits construisent également un cœur de principes de droits subjectifs et de règles auxquels on ne peut pas en principe déroger.

Sur ces deux plans se construit donc un « ordre public européen » dont les deux Cours (Cour de justice et Cour EDH), dans leurs champs respectifs de compétences, doivent définir et contrôler les contours. Cela conduit notamment à l'émergence de principes directeurs partagés et de standards de procédure. Il est remarquable que les deux ordres de règles européennes, issues de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, ne se développent pas de façon indépendante mais en interaction entre eux et avec les droits nationaux, de façon à faire émerger un noyau d'ordre public commun à tous ces systèmes juridiques.

En contrepartie, l'ordre public européen dessine, à la fois par l'interprétation des clauses d'ordre public et par la détermination de règles fondamentales, la marge d'appréciation et de liberté dont disposent les États membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. Cette marge est utilisée par les États à la fois pour assurer leur mission de défense de l'ordre public matériel (sécurité, santé, environnement, etc.), mais aussi pour développer et adapter les protections juridiques européennes à leurs traditions et systèmes juridiques et nationaux.

M. l'*Attorney General* Grieve montrera ainsi comment s'articulent, au Royaume-Uni, la protection de l'ordre public national à travers la lutte contre le terrorisme ou les opérations armées avec les droits garantis par la Convention EDH. Il soulignera aussi la confrontation qui peut se produire entre la conception nationale et la conception européenne d'un droit fondamental comme la liberté d'expression.

M. le conseiller Grass exposera la mise en œuvre des clauses d'ordre public dans le droit de l'Union européenne, telle qu'elle résulte des traités et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui a été conduite à développer des standards de contrôle. Il rappellera le fonctionnement particulier de la réserve de l'ordre public en matière de reconnaissance des décisions de justice dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ) et présentera la jurisprudence récente de la Cour sur ces thèmes.

Enfin, M. le professeur Wachsmann rappellera, d'une part, la façon dont la Convention EDH recourt à la notion d'ordre public (en particulier aux paragraphes 2 des articles 8 à 11) et, d'autre part, la jurisprudence de la Cour EDH pour interpréter ce motif d'ingérence dans les droits garantis par la Convention, jurisprudence d'abord très large et aujourd'hui plus précise. Il examinera la réticence de la Cour EDH à reconnaître un ordre public immatériel et replacera dans ce contexte le développement de la jurisprudence, plus globale, sur la notion de « marge nationale d'appréciation ». Il analysera comment cette notion permet de faire varier le contrôle de la Cour EDH et dans quel sens a évolué sa jurisprudence récente en cette matière.





# Biographie des intervenants

---

*Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence*

## Modérateur

### **Bernard Stirn**

*Président de la section du contentieux du Conseil d'État*

Licencié en droit, diplômé de Sciences Po, ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), Bernard Stirn est nommé auditeur au Conseil d'État en 1976. Au sein de la section du contentieux, il exerce les fonctions de commissaire du Gouvernement (1980-1983 et 1984-1991) et d'assesseur avant d'être nommé président de la 7<sup>e</sup> sous-section en 1998, puis président adjoint (2002-2006) et président de la section en 2006. Sur la même période, il occupe de nombreuses fonctions au Conseil d'État comme au sein d'autres institutions : il est membre de la mission permanente d'inspection des juridictions administratives (1984-1991), rapporteur adjoint près le Conseil constitutionnel (1986-1991), rapporteur général de la Commission supérieure de codification (1989-1991), secrétaire général du Conseil d'État (1991-1995), commissaire du Gouvernement près le Tribunal des conflits en 1990 puis membre de ce Tribunal jusqu'en 2006. Sa carrière le mène, au sein de l'administration, à être président de la mission juridique du ministère de l'industrie et de la recherche (1982-1983) et directeur de cabinet du secrétaire d'État auprès du ministre de l'éducation nationale (1983-1984). Bernard Stirn est aujourd'hui professeur associé à Sciences Po et à l'ENA et président du conseil d'administration de l'Opéra national de Paris. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages, en particulier *Les sources constitutionnelles du droit administratif* (éd. LGDJ, Paris, 2016, 9<sup>e</sup> éd.), *Les libertés en questions* (éd. LGDJ, Paris, 2017, 10<sup>e</sup> éd.), *Vers un droit public européen* (éd. LGDJ, Paris, 2015, 2<sup>e</sup> éd.) et, en collaboration avec Yann Aguila, *Droit public français et européen* (éd. Dalloz, Paris, 2014).

## Intervenants

### **Dominic Grieve**

*Membre de la Chambre des Communes, ancien Attorney General d'Angleterre et du Pays de Galles*

*The Rt Hon Dominic Grieve QC MP* est membre du Parlement britannique, élu de la ville de Beaconsfield pour le parti conservateur depuis 1997. Après des études d'histoire à l'université d'Oxford, puis des études de droit à Londres, il a été admis au Barreau (*Middle Temple*) en 1980, et nommé Conseil de la Reine en 2008. Il a parallèlement été élu dans le *borough* londonien de Hammersmith et Fulham de 1982 à 1986. En sa qualité de parlementaire, Dominic Grieve a occupé les fonctions, au sein du « cabinet fantôme » d'opposition, de ministre de l'Écosse en

1999 et 2001, puis de porte-parole pour les questions de justice criminelle de 2001 à 2003, d'*Attorney General* de 2003 à 2009 et de ministre de l'intérieur de 2008 à 2009. En 2010, Dominic Grieve a été nommé *Attorney General* de l'Angleterre et du Pays de Galles et avocat général d'Irlande du Nord (2010-2014). Il préside par ailleurs actuellement la Société franco-britannique et il est le vice-président du Conseil franco-britannique.

### **Roger Grass**

*Conseiller en service extraordinaire à la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation*

Diplômé de Sciences Po et d'études supérieures de droit public de l'université Panthéon-Assas, Roger Grass a également étudié en Allemagne à l'université de la Sarre, et à Florence à l'Institut universitaire européen. Après avoir exercé des fonctions d'inspecteur des douanes, Roger Grass intègre le corps des conseillers administratifs des services universitaires et occupe plusieurs postes de chef de service dans les services extérieurs, puis à l'administration centrale du ministère de l'éducation nationale. Il rejoint la magistrature judiciaire et est nommé substitut du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Versailles. En 1981, Roger Grass est détaché en qualité de référendaire à la Cour de justice des Communautés européennes. En 1988, il réintègre la magistrature française pour occuper le poste de secrétaire général du parquet général près la cour d'appel de Paris. Appelé au cabinet du garde des sceaux en 1990, en qualité de conseiller technique, il conçoit et met en place un service des affaires européennes et internationales au ministère de la justice. En 1992, il rejoint le cabinet du président de la Cour de justice des Communautés européennes où il est en charge des référés. En 1993, Roger Grass est élu greffier de la Cour de justice (secrétaire général), poste auquel il est réélu en 1999 et en 2005. Parallèlement à ses activités professionnelles, Roger Grass a enseigné à Sciences Po, à l'université Panthéon-Sorbonne, à l'Institut de droit comparé de Paris de l'université Panthéon-Assas et à l'École nationale de la magistrature. Il donne régulièrement des conférences dans les États membres de l'Union européenne sur la jurisprudence de la Cour de justice. Roger Grass est actuellement conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation, affecté à la chambre commerciale, financière et économique.

### **Patrick Wachsmann**

*Professeur à l'université de Strasbourg*

Professeur de droit public à l'université de Strasbourg, Patrick Wachsmann a été président du jury du premier concours d'agrégation de droit public (2013-2014). Il exerce également les fonctions de déontologue de la ville de Strasbourg et a été délégué thématique *Cour européenne des droits de l'homme* du Médiateur de la République, puis du Défenseur des droits. Il a codirigé jusqu'en 2010 le *Jurisclasser Libertés*. Patrick Wachsmann est l'auteur de nombreuses publications, notamment les ouvrages *Libertés publiques* (éd. Dalloz, Paris, 2017, 8<sup>e</sup> éd.) et *Les droits de l'homme* (éd. Dalloz, Paris, 2008, 6<sup>e</sup> éd.). Parmi ses articles les plus récents, on note : « L'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme peut-il profiter



aux scélérats ? » in *Droit répressif au pluriel : droit interne, droit international, droit européen, droits de l'homme, Liber amicorum Rénée Koering-Joulin* (éd. Anthémis, Bruxelles, 2014) ; « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme » in *Mélanges en hommage au professeur Jean-François Flauss. L'homme et le droit* (éd. Pédone, Paris, 2014) ; « Contrôle des mesures prises au titre de l'état d'urgence et Convention européenne des droits de l'homme », in *AJDA*, 2016 ; « René Cassin constitutionnaliste », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2017 ; « “Dans le leurre du seuil”. Sur la détermination de l'applicabilité de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Élisabeth Zoller*, (éd. Dalloz, Paris, 2018).





# Actes – L'émergence d'un ordre public européen

---

**Bernard Stirn**

*Président de la section du contentieux,  
modérateur de la table ronde*

La première table ronde a permis de cerner la notion – très largement polysémique – d'ordre public au regard des pouvoirs de police dans l'ordre interne. Cette deuxième table ronde qu'il me revient d'animer est, quant à elle, consacrée à l'émergence d'un ordre public européen.

En droit public français, l'ordre public est une référence pour la procédure contentieuse comme pour les pouvoirs de police. D'un point de vue procédural, le moyen d'ordre public est, ainsi que l'explique dans son cours le président Odent, « un moyen relatif à une question d'importance telle que le juge méconnaîtrait lui-même la règle de droit qu'il a mission de faire respecter si la décision juridictionnelle rendue n'en tenait pas compte ». Il constitue un moyen impératif pour le juge de se saisir de certaines questions. L'étendue du moyen d'ordre public est, d'ailleurs, différente pour les deux ordres de juridictions : elle est plus grande dans le contentieux administratif que dans la procédure civile.

À côté de cette signification procédurale, l'on trouve un ordre public matériel, traditionnellement exprimé au travers des pouvoirs de police du maire. Aujourd'hui, le code général des collectivités territoriales reprend sans modification à l'article L. 2212-2 des dispositions issues de la loi municipale du 4 avril 1884 qui indiquent que « la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques ». L'ordre public, dont il revient à l'autorité de police d'assurer le maintien, comporte également des éléments immatériels. Il s'étend au respect de la dignité de la personne humaine, comme le Conseil d'État l'a jugé à partir de l'affaire dite « du lancer de nain » par les décisions du 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*<sup>187</sup> et *Ville d'Aix-en-Provence*<sup>188</sup>.

Mais, dans un sens plus large, l'ordre public recouvre les valeurs essentielles du consensus social et du système juridique. À cet égard, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont des jurisprudences très concordantes et plus proches que sur les questions purement procédurales. Dans des termes voisins, ils jugent que l'excision, la polygamie, la répudiation sont contraires à l'ordre public français. Ils appliquent la même condamnation d'ordre public à l'organisation de la gestation pour autrui<sup>189</sup>.

---

187 CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727.

188 CE, Ass., 27 octobre 1995, *Ville d'Aix-en-Provence*, n° 143578.

189 CE, Ass., 22 janvier 1988, *Association « Les cigognes »*, n° 80936. V. également : C. cass., 1<sup>er</sup> Civ., 13 décembre 1989, *Alma Mater*, pourvoi n° 88-15.655 ; C. cass., Ass. plén., 31 mai 1991, *Mme Y*, pourvoi n° 90-20.105.

Dans le même esprit, le Conseil constitutionnel ajoute que la prohibition de l'inceste fait partie des « règles d'ordre public régissant le droit des personnes »<sup>190</sup>. Cet ordre public « valeurs essentielles » peut être modifié par la loi et, là aussi, l'on peut noter deux décisions d'inspirations très voisines du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Après l'abolition de la peine de mort, le Conseil d'État juge que l'ordre public interdit désormais d'extrader un étranger vers un pays où il risque d'être exécuté<sup>191</sup>. Et, dans un esprit comparable, après l'adoption de la loi sur le mariage entre personnes de même sexe, la Cour de cassation décide qu'une convention internationale qui ferait obstacle au mariage en France d'un Français et d'un étranger du même sexe serait contraire à l'ordre public<sup>192</sup>.

Ces éléments de droit national doivent être aujourd'hui, comme l'ensemble de notre droit, inscrits dans l'espace européen. Nous voyons en effet que dans toutes les branches du droit, un droit public européen est en cours de construction. Ce droit découle d'interactions croisées entre le droit de l'Union européenne, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme et les différents droits nationaux. Les deux cours européennes de Strasbourg et de Luxembourg, les cours constitutionnelles et les cours suprêmes nationales s'écoulent et s'influencent mutuellement.

De ces échanges réguliers et de plus en plus nourris découle un véritable système juridique, avec sa hiérarchie des normes, ses standards de procédure, ses principes directeurs partagés. Certes, les difficultés ne manquent pas dans la période actuelle marquée par le *Brexit*, l'euro-scepticisme, la réaffirmation des souverainetés, parfois même la mise en cause de l'autorité des décisions de justice, voire de l'indépendance des juges. Mais les pas qui ont été franchis sont, au-delà des incertitudes du moment, les garants de la solidité de l'œuvre commune et les gages de sa pérennité par-delà les difficultés que nous traversons.

Dans ce contexte, notre table ronde cherche à éclairer l'émergence d'un ordre public européen, car celui-ci est présent en droit de l'Union et la Cour de justice en fait application. La Cour européenne des droits de l'homme s'y réfère également, en particulier lorsqu'elle s'interroge sur les mesures qui touchent à l'intimité de la personne ou qui visent à garantir les règles de la vie commune. Avec certainement des acceptions variées, la notion d'*ordre public* a des échos dans les différents droits nationaux, et l'approche de droit comparé n'en demeure pas moins délicate, comme le montrent les différentes traductions anglaises de cette notion<sup>193</sup>.

Pour apporter les différents éléments nécessaires à la réflexion, notre table ronde réunit les meilleures expériences : Dominic Grieve, ancien *Attorney General* d'Angleterre et du pays de Galles, aujourd'hui député à la Chambre des communes nous apportera le point de vue britannique ; Roger Grass, conseiller à la Cour de cassation, qui a exercé de nombreuses années les importantes fonctions de greffier de la CJUE, traitera des rapports entre ordre public national et droit de l'Union ;

190 CC, décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999.

191 CE, sect., 27 février 1987, *Fidan*, n° 78665 ; et CE, Ass., 15 octobre 1993, *Mme Aylor*, n° 144590.

192 C. cass., 1<sup>er</sup> Civ., 28 janvier 2015, pourvoi n° 13-50.059.

193 « *Law and order* », « *peace* », « *disturbance* », « *public nuisance* », « *public order* » ou « *public policy* ».



et Patrick Wachsmann, professeur à l'université de Strasbourg, expliquera les liens entre ordre public et marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Je donne la parole au député M. Dominic Grieve.

---

**Dominic Grieve**

*Membre de la chambre des communes,  
ancien Attorney General d'Angleterre et du Pays de Galles*

Merci M. le président. Je vais essayer, dans le temps qui m'est imparti, de définir la notion d'*ordre public* au Royaume-Uni et d'aborder la question de l'émergence d'un ordre public européen.

Il est vrai que la traduction anglaise de la notion d'ordre public ne va pas de soi. Au Royaume-Uni, l'ordre public est associé à l'émeute. Lorsque l'on parle de « *public order* » les gens assimilent cela au maintien de l'ordre dans la rue en cas d'émeute ou lors d'une manifestation qui dégénère en violence. En dehors de cela, la notion d'ordre public dont nous avons tant parlé précédemment et qui m'a tellement intéressé n'existe pas.

Il faut comprendre qu'en Angleterre, traditionnellement, et en l'absence de constitution écrite ou de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ce sont les principes de notre tradition nationale de *liberté d'expression* et de *souveraineté parlementaire*, issus du conflit entre le Parlement et la Monarchie au XVII<sup>e</sup> siècle, qui ont été historiquement vus comme nos garanties contre la tyrannie et l'oppression administrative. L'une des conséquences de cette pratique est qu'au XVIII<sup>e</sup> siècle l'on tolérait un niveau d'anarchie que l'on n'aurait jamais toléré dans d'autres pays européens. On le constate encore lorsque l'on pense à la façon dont nous envisageons, en Angleterre, les questions d'ordre public plus général comme celles évoquées lors de la première table ronde. En résumé, je dirais que nous n'avons pas de normes.

C'est ainsi que les développements qui eurent lieu au XIX<sup>e</sup> siècle sur, par exemple, la salubrité ou la santé publiques ont tous donné lieu à des décisions pragmatiques prises par le Parlement, sans regarder la théorie. Ce qui veut dire qu'en Angleterre, on n'aurait jamais eu l'idée de penser que ces affaires pouvaient donner lieu à la création d'une « police administrative ».

Bien sûr, lorsque l'on contemple le résultat, il est très facile de voir que c'est exactement ce que nous avons. Mais les Anglais n'y pensent pas de cette façon : pour eux il n'y a pas de police administrative, seulement des municipalités qui exercent leurs pouvoirs dans le domaine de la santé publique ; et il ne s'agit pas là de la conception d'une police ou d'une tutelle administrative afin de protéger le citoyen.

L'autre différence à laquelle je vais me référer très brièvement concerne l'affaire dite « du burkini » évoquée lors de la première table ronde ; litige que j'ai



attentivement suivi. À cet égard, je ferai un parallèle avec une autre affaire qui a également défrayé la chronique : il y a onze ans, en Angleterre, nous avons eu un procès qui est allé jusqu'à la Chambre des Lords : *S. Begum contre le secrétaire d'État à l'éducation*<sup>194</sup> où une jeune fille de quinze ans, musulmane, inscrite dans une école à 90 % musulmane implantée dans la ville de Luton, avait intenté un procès contre ladite école parce qu'elle avait insisté pour porter un *jilbab*<sup>195</sup>, tandis que l'uniforme scolaire prescrit – à la suite d'une discussion entre l'école et l'imam d'une mosquée locale – était pour les familles croyantes musulmanes un *chaouia kameez* (genre de pyjama avec une longue jupe). La cour d'appel a donné raison à la jeune fille, et le litige est allé jusqu'à la Chambre des Lords devant laquelle elle a perdu, mais cette dernière a rendu un jugement qui a insisté sur ses droits et a suggéré que l'école aurait dû lui demander son avis avant de l'obliger à porter l'uniforme exigé.

Je donne cet exemple afin de souligner combien ces décisions sont pragmatiques et montrent, non pas un encadrement de ce qui devrait constituer l'ordre public, mais plutôt des décisions *ad hominem* sur chaque cas qui se présente devant nos tribunaux.

On notera toutefois que la *Common Law*, avec ses traditions de justice ouverte et d'État de droit, n'a jamais empêché une administration avec une majorité au Parlement d'avoir toute liberté d'action. De sorte que, bien qu'étant un pays libre, il n'y eut aucune implication possible de la part de nos tribunaux, qu'il s'agisse de l'abolition de l'*Habeas Corpus*<sup>196</sup> pendant les guerres contre Napoléon ou du vote de la Section 44 du *Defence of the Realm Act* de 1940 laquelle permettait la détention préventive.

Nous pouvons constater la même chose avec la grande marge traditionnellement accordée à nos gouvernements en cas d'intervention ou de projection de la souveraineté nationale à l'étranger. L'on pourrait même dire que, d'un point de vue théorique, le seul rempart qui pourrait leur être opposé serait celui des lois qui remontent à la Réforme et au blasphème, et le respect de la conception chrétienne de ce qu'il est moral de faire ou de ne pas faire. Encore que la notion de blasphème a été abolie il y a seulement cinq ans par le Parlement. De sorte que, finalement, nous nous trouvons aujourd'hui dans un monde où il n'existe aucune norme morale particulière qui soit encadrée dans un système laïc, à l'image de ce qui existe en France.

À la suite de ces propos introductifs, je souhaiterais citer quatre exemples qui me semblent illustrer cette tension entre notre tradition de la *Common Law*, les demandes de maintien de l'ordre et de garantie de la sécurité nationale formulées par des administrations successives, et les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne.

194 House of Lords, *Shabina Begum v. Headteacher and Governors of Denbigh High School*, [2006] UKHL 15, on appeal from [2005] EWCA Civ 199.

195 Longue robe, souvent noire, utilisée par les Saoudiennes. Contrairement au *niqab* ce vêtement ne cache pas le visage, mais contrairement au *hidjab* il couvre l'intégralité du corps, masquant les formes de ses porteuses.

196 L'*Habeas Corpus Act*, adopté par le Parlement britannique en 1679, protège la liberté individuelle en subordonnant toute détention à un contrôle du juge.





1) Le premier exemple est l'arrivée du terrorisme islamique apparu juste après l'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit britannique.

La décision du Gouvernement de M. Blair de présenter une loi (votée en 2000) permettant une détention préventive de court terme contre les étrangers représentant une menace terroriste, conduisit en 2004 à l'affaire *A. contre Secretary of State*<sup>197</sup>, qui conduisit à ce que la section 23 du *Terrorism Crime and Security Act* de 2001 fut considérée comme incompatible avec l'article 14 de la Convention EDH, car discriminatoire envers les étrangers par rapport aux citoyens britanniques. Cette décision mena à l'abandon de la détention préventive. Commença alors une période de dialogue assez pénible entre la justice et le Gouvernement, sous-tendue par une méfiance réciproque.

En 2010, l'affaire *Binyam Mohamed*<sup>198</sup> dans laquelle la Cour d'appel ordonna la levée du secret sur des documents – M. Mohamed accusant le Gouvernement d'avoir été impliqué dans sa détention et sa torture par les États-Unis – provoqua, par le jugement qui suivit l'interprétation par la Cour d'appel de l'article 6 de la Convention EDH, une crise dans la coopération entre les services secrets des États-Unis et ceux du Royaume-Uni, car elle était à la fois contraire au principe du partage de renseignements secrets et très nuisible à une coopération jugée essentielle par le Gouvernement pour la sécurité nationale britannique. Avec le recul, je pense que ce litige marqua, dans un sens, « la ligne haute » de la confrontation entre les différentes autorités.

Récemment, nous avons constaté un changement important dans l'attitude de nos tribunaux. Et les mécanismes de la section 6 du *Justice and Security Act* de 2013, introduits à la suite de l'affaire *Binyam Mohamed*, permettent à présent, dans le cas d'un litige civil, de ne pas révéler à l'une des parties l'ensemble des documents produits au litige. Ce système semble être devenu maintenant assez solide. Il a commencé par des cas concernant l'immigration et le renvoi d'étrangers illégaux dans leur pays d'origine, mais on peut l'étendre à tout litige civil. La Cour européenne des droits de l'homme l'a permis en 2009 dans l'affaire *A contre le Royaume-Uni*<sup>199</sup> pourvu que l'information donnée aux parties soit suffisante. Les développements de la jurisprudence de la Cour EDH et de notre Cour Suprême semblent, sur ce sujet, s'accorder, et nous avons maintenant une jurisprudence de plus en plus étendue dans ce domaine. Les jugements récents montrent que la compatibilité avec l'article 6 de la Convention EDH, par ce mécanisme de « *closed material procedure* », est bien reconnue.

En revanche, je trouve la position de la Cour de justice de l'Union européenne plus compliquée. L'affaire *ZZ contre Secretary of State*<sup>200</sup> montre que les garanties offertes par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne semblent plus importantes que celles de la Convention EDH. En effet, dans ce cas d'espèce,

197 House of Lords, *A. and others v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56.

198 Court of Appeal, civil division, *Binyam Mohamed v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2010] EWCA Civ 65, et [2010] EWCA Civ 158.

199 CEDH, Gde ch., 19 février 2009, *A and Others v The United Kingdom*, n° 3455/05.

200 CJUE, Gde ch., 4 juin 2013, *ZZ c. Secretary of State for the Home Department*, aff. C-300/11.

un citoyen franco-algérien a réussi à obtenir qu'une réponse lui soit faite quant aux raisons détaillées refusant son entrée au Royaume-Uni.

Mais nous voyons à nouveau notre propre cour de cassation montrer un désir de protéger le système qui semble bien marcher. Dans l'affaire *R contre Secretary of State*<sup>201</sup>, R était un réfugié auquel avait été donné le droit de rester au Royaume-Uni. Pour des raisons de sécurité nationale, il lui fut refusé un document lui permettant de voyager à l'étranger. En vertu du droit européen, il demanda que lui soient fournis les détails de la cause de ce refus. La Cour rejeta sa requête, déclarant que l'article 47 de la Charte avait été respecté lorsqu'on lui avait donné les raisons générales dudit refus, d'autant qu'il avait à ses côtés un avocat spécialisé représentant ses intérêts et lui permettant d'avoir accès à tous les documents du dossier.

**2)** Le deuxième exemple concerne l'activité de nos forces armées à l'étranger. En effet, vous n'ignorez pas que nous devons faire face à des litiges concernant la détention de suspects capturés sur les champs de bataille d'Afghanistan et d'Iraq, ceux-ci étant détenus pour des périodes supérieures à celles prévues par les lois de ces pays afin de protéger nos troupes pendant leurs opérations. Ces litiges sont issus d'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire *Al Jedda contre le Royaume-Uni*<sup>202</sup> en 2011.

Actuellement, toutefois, nos tribunaux tentent d'y échapper au moyen du récent jugement *Serdar Mohammed contre ministère de la défense*<sup>203</sup> de notre Cour Suprême, lequel montre un souci de préserver une souplesse dans le principe d'immunité de la Couronne pour un acte de Gouvernement (« *act of state* ») raisonnable en rendant cette immunité compatible avec l'article 6 de la Convention EDH dont il adapte la portée. Si ce litige se poursuit devant la Cour de Strasbourg, il sera très intéressant de voir comment cela évolue, et si la Cour saisit cette occasion pour assouplir sa position.

**3)** Le troisième exemple touche à la notion de liberté d'expression. Il s'agit là d'un sujet qui m'a beaucoup concerné lorsque j'étais *Attorney General*. Cet exemple offre d'ailleurs un regard croisé entre juristes qui permet d'aboutir à un compromis durable. Sachant que nous avons eu, en 1981, une confrontation majeure entre notre tradition nationale anglaise de liberté d'expression, uniquement restreinte par le désir de protéger les procès criminels et civils, et l'effet de l'article 10 de la Convention EDH.

En 1980, dans l'affaire *Sunday Times contre le Royaume-Uni*, la Cour EDH considéra que les principes du *Common Law* permettant une restriction quasi totale de commentaires sur un litige avant le jugement final étaient excessifs<sup>204</sup>. Cette décision fut suivie par le *Contempt of Court Act* de 1981 qui permit une plus grande latitude d'expression, pourvu qu'elle ne présentât pas de risques sérieux de porter

201 Court of Appeal, civil division, *AZ v. Secretary of State for the Home Department*, [2017] EWCA Civ 35.

202 CEDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Al Jedda c. Royaume-Uni*, n° 27021/08.

203 Cour suprême du Royaume-Uni, *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, [2017] UKSC 1 & 2.

204 CEDH, plénière, 6 novembre 1980, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, n° 6538/74.



préjudice au déroulement du procès. Mais, le résultat provoqua une période de vingt ans d'instabilité durant lesquels nos journaux publièrent des articles de plus en plus sensationnels sur des procès criminels, ce qui ne pouvait qu'influencer les décisions d'un jury. L'application de la loi n'inspirait pas confiance, et mes prédécesseurs dans les fonctions d'*Attorney General* hésitèrent à inculper les journaux contrevenants.

En 2011, lors de ma prise de fonctions, j'ai décidé de changer les choses. J'ai découvert que, contrairement à ce que tout le monde m'avait dit, il était possible d'inculper les journaux à sensation comme le *Daily Mirror* ou le *Sun*<sup>205</sup> à la suite d'une série d'articles contre un malheureux enseignant qu'on avait accusé de meurtre alors qu'il était innocent. Les journaux ont acquitté des amendes considérables et le problème semble, pour l'instant, résolu. Voici un exemple où l'influence de la Cour EDH s'est révélée très positive, compte tenu de la façon dont nous avons réconcilié l'article 10 de la Convention EDH et les problèmes de « *fair trials* » aux fins de rendre une bonne justice criminelle.

**4)** Le quatrième et dernier exemple concerne la protection de la vie privée. Historiquement, en Angleterre, nous n'avions pas de protection de la vie privée en dehors de la protection de la *Common law* pour ce qui concerne la diffamation et le maintien du secret des informations confidentielles. Le développement du droit sur la protection de la vie privée provient donc initialement de la Cour EDH et, plus récemment, de la Cour de Justice de l'Union européenne. Cette « protection de la vie privée » a été très mal reçue par nos médias, notamment les journaux. Pourtant, selon moi, elle a réussi à prouver sa pertinence.

En revanche, une récente décision de la Cour de justice de l'Union européenne sur deux affaires liées, *Tele2 Sverige* et *Watson*<sup>206</sup>, sur la rétention de données de communication, risque d'être un problème majeur pour le Royaume-Uni et, de la même façon, pour la France. J'ignore comment cette affaire se résoudra dans le futur.

En conclusion, l'on peut dire que la notion d'ordre public reste un sujet de controverse et de contentieux au Royaume-Uni. Et si, en raison du *Brexit*, l'avenir avec la Cour de justice de l'Union européenne reste très incertain, il n'en est pas de même avec la Cour EDH. En effet, à travers la Convention EDH nous assistons à un rapprochement de l'interprétation des normes entre nos tribunaux et la Cour EDH, ainsi qu'à une volonté de nos tribunaux nationaux de concilier les impératifs d'ordre public avec les libertés individuelles et collectives.

Je note par ailleurs que le Premier ministre, Mme Theresa May, semble avoir abandonné le projet de se retirer du Conseil de l'Europe et donc de la Convention EDH, ce dont je me réjouis.

---

205 Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles, *Attorney general v. MGN limited and News group newspapers*, [2011] EWHC (Admin).

206 CJUE, Gde ch., 1<sup>er</sup> février 2016, *Tele2 Sverige c. Post-och telestyrelsen*, et *Watson c. Royaume-Uni*, aff. jointes C-203/15 et C-698/15.

---

**Bernard Stirn**

*Président de la section du contentieux,  
modérateur de la table ronde*

Merci M. le député. La parole est à M. Grass.

---

**Roger Grass**

*Conseiller en service extraordinaire à la chambre commerciale, financière  
et économique de la Cour de cassation*

La Cour de justice de l'Union européenne contribue à l'émergence d'un ordre public européen – tel que présenté par M. le président Stirn – par ses décisions, qui concilient les règles du droit de l'Union avec un intérêt général de protection de l'ordre public invoqué par une autorité nationale pour déroger à ces règles. Les occurrences dans lesquelles l'ordre public national se trouve ainsi en jeu sont sensiblement différentes des situations qui se présentent devant la Cour européenne des droits de l'homme, appelée à veiller au respect des droits garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, droits qui ont vocation à s'appliquer dans toutes les circonstances où peuvent intervenir des considérations d'ordre public. En revanche, La Cour de justice, en raison du principe d'attribution sur lequel repose les compétences de l'Union, ne peut connaître que des situations où l'ordre public national se déploie dans le champ du droit de l'Union.

Cette construction juridique, de nature constitutionnelle, n'a pas été modifiée par l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux qui ne s'impose aux États membres que lorsque ceux-ci mettent en œuvre le droit de l'Union<sup>207</sup>.

De fait, la notion d'ordre public n'apparaît dans la jurisprudence de la Cour de justice que lorsque celle-ci est appelée à dire, à l'occasion d'une affaire donnée, si l'exception d'ordre public invoquée par une autorité nationale sur le fondement d'une disposition du traité ou du droit dérivé, appelée « clause d'ordre public », est admissible ou non.

À l'origine sanctuarisées dans les traités, les clauses d'ordre public ont essaimé hors des traités, d'abord dans les conventions et les règlements qui assurent la libre circulation des décisions de justice puis, plus récemment, dans certains des nombreux actes qui organisent l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ).

### **Les libertés fondatrices et les clauses d'ordre public**

Longtemps, la Cour de justice n'a été confrontée qu'aux clauses d'ordre public figurant dans les traités, lesquelles prévoyaient qu'il pouvait être dérogé aux principes de libre circulation des travailleurs, des marchandises, des services et des capitaux, et de libre établissement, pour des motifs tenant à la protection de l'ordre

---

207 Article 51.1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

public<sup>208</sup>. On observera que dans les traités fondateurs, la totalité du domaine de compétence des Communautés européennes se trouvait ainsi couverte par la réserve d'ordre public national.

De ces dispositions, il est résulté un ensemble de décisions de la Cour de justice dont le nombre, une soixantaine, est modeste au regard de l'élargissement et de l'approfondissement de l'Union européenne et des trente mille affaires que la Cour a jugées depuis sa création<sup>209</sup>. Si ce contentieux ne présente pas une grande vitalité, il a toutefois donné lieu à d'importantes décisions concernant les droits fondamentaux.

Dès ses premières décisions, la Cour de justice a fixé son approche de l'ordre public national par l'affirmation de deux principes.

Le premier est que les États membres déterminent librement, conformément à leurs conceptions nationales, les exigences de la notion d'«ordre public» parce que « *les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre et qu'il faut ainsi, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité* ». <sup>210</sup>

Mais si la Cour de justice ne contrôle pas le contenu de la mesure d'ordre public national, elle en fixe les limites.

Et à cet égard, précisément, le second principe affirme l'interprétation stricte de la notion d'ordre public en tant que justification d'une dérogation au principe

---

208 Ces dispositions sont devenues, dans le TFUE, les articles : 36 pour les marchandises, 45 pour les travailleurs, 52 pour le droit d'établissement et les services, et 65 pour les capitaux. Elles visent également la sécurité publique et la santé publique.

209 Les motifs d'intérêt général invoqués reposant sur les mêmes éléments matériels (sécurité, salubrité et tranquillité publiques) ou immatériels (par exemple, respect de la dignité de la personne humaine) que ceux que l'on observe dans l'ordre interne, il en résulte un contentieux tout aussi varié. On relèvera simplement que la Cour de justice a admis que les exigences de l'ordre public et de la sécurité publique, au sens des dispositions permettant de restreindre les libertés fondamentales des traités, ne se limitent pas à la protection de la tranquillité et de la sécurité physique directe de la population contre le risque de perpétration d'actes criminels. Ainsi, a-t-elle jugé que la notion de sécurité publique, qui couvre tant la sécurité intérieure que la sécurité extérieure (CJUE, 23 novembre 2010, *Tsakouridis*, aff. C-145/09, point 43), englobe notamment « *l'atteinte au fonctionnement des institutions et des services publics essentiels ainsi que la survie de la population, de même que le risque d'une perturbation grave des relations extérieures ou de la coexistence pacifique des peuples, ou encore l'atteinte aux intérêts militaires* » (CJUE, 13 septembre 2016, *CS*, aff. C-304/14, point 39). Quant à la notion d'ordre public, qui ne saurait couvrir des intérêts économiques, elle suppose l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle, actuelle, et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société (CJUE, 24 juin 2015, *H. T.*, aff. C-373/13, point 79 ; CJUE, 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, aff. C-165/14, point 83 ). La Cour de justice a toutefois reconnu la possibilité pour un État membre d'invoquer, dans certaines circonstances, au titre de l'ordre public, la protection d'un intérêt fondamental aussi éloigné de la tranquillité et de la sécurité physique directe de sa population que la nécessité d'assurer le recouvrement des créances fiscales (CJUE, 17 novembre 2011, *Aladzhov*, aff. C-434/10, point 37).

210 CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75, points 26 et 27 ; CJCE, 27 octobre 1977, *Bouchereau*, aff. 30/77, points 33 et 34 ; CJUE, 22 mai 2012, *P. I. c. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, aff. C-348/09, point 23. Voir également les points 41 à 43 de l'arrêt CJUE, Gde ch., 2 mai 2018, *K. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie et H. F. c. Belgische Staat*, aff. jointes C-331/16 et C-366/16, arrêt rendu postérieurement au colloque.

fondamental d'une liberté prévue par le traité<sup>211</sup>. Cette rigueur, qui répond à la préoccupation de sauvegarder les objectifs des traités, a été, au fil du temps, consacrée puis renforcée par le législateur européen.

Sur ce socle, la Cour de justice apprécie les circonstances particulières de chaque affaire au regard du principe de proportionnalité et des principes fondamentaux tels qu'ils se dégagent des traditions constitutionnelles des États membres et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et aujourd'hui de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ainsi, lorsqu'elle estime que l'intérêt général invoqué est légitime au regard d'un droit fondamental, elle insère ce droit fondamental dans le contexte de l'ordre public en cause. De sorte qu'interrogée sur le point de savoir si l'interdiction d'une activité économique pour des raisons tirées de la protection d'une valeur fondamentale consacrée par la constitution allemande – à savoir la dignité humaine – était compatible avec le droit communautaire, la Cour de justice a répondu que « *le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une activité économique consistant en l'exploitation commerciale de jeux de simulation d'actes homicides fasse l'objet d'une mesure nationale d'interdiction adoptée pour des motifs de protection de l'ordre public en raison du fait que cette activité porte atteinte à la dignité humaine* »<sup>212</sup>.

On observera que le Conseil d'État, en affirmant dans sa décision du 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*<sup>213</sup> que « *le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public* », a intégré de la même manière ce droit fondamental dans l'ordre public.

### **La libre circulation des décisions de justice et l'ordre public national**

Aux libertés fondatrices est venue s'ajouter ce qu'il est convenu d'appeler « la libre circulation des décisions de justice ». La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>214</sup>, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1973, en marque l'avènement. Que cette Convention, issue de la coopération intergouvernementale, ait prévu, à son article 27, que « *les décisions ne sont pas reconnues si la reconnaissance est contraire à l'ordre public de l'État requis* » était dans l'ordre des choses, puisqu'une telle clause est traditionnelle dans le droit des États membres s'agissant de la reconnaissance des décisions étrangères. En revanche, l'innovation était remarquable de confier l'interprétation de cette Convention à la Cour de justice qui voyait ainsi son office sortir du cadre strict du droit communautaire.

Cette mission a confronté la Cour de justice à des exceptions d'ordre public relevant du droit international privé, soulevées dans des litiges opposant des parties privées, et non pas des administrations publiques à des particuliers comme

<sup>211</sup> CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn c. Home office*, aff. C-41/74, point 18.

<sup>212</sup> CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen - und Automatenaufstellungs - GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02.

<sup>213</sup> CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, n° 136727.

<sup>214</sup> Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (version consolidée CF 72/454/CEE).

c'est généralement le cas s'agissant des dérogations aux libertés fondatrices. Elle a cependant eu recours aux mêmes standards d'appréciation, en y ajoutant, au soutien d'une interprétation stricte de la clause d'ordre public, la référence au principe de *confiance mutuelle*<sup>215</sup> dont la reconnaissance mutuelle des décisions de justice consacrée par la Convention n'est que la mise en œuvre.

Puis, un nouvel essor a été donné à la libre circulation des décisions de justice par le traité de Lisbonne<sup>216</sup>. Dans le cadre de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ), la Convention de Bruxelles a été remplacée par le règlement (CE) n° 44/2001 dit « Bruxelles I »<sup>217</sup> et par plusieurs autres règlements adoptés pour couvrir les domaines qui ne l'étaient pas par ce règlement.

Dans le même temps, où les clauses d'ordre public prospéraient dans ces règlements, le législateur européen les encadrait strictement en soulignant le caractère exceptionnel de la dérogation, ou en précisant le motif d'ordre public. Ainsi, alors que la Convention de Bruxelles prévoyait une situation « *contraire à l'ordre public* », le règlement « Bruxelles I » précise « *manifestement contraire à l'ordre public* ». Dans le règlement, en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, l'ordre public susceptible d'être invoqué est seulement « *l'ordre public de l'État membre requis eu égard aux intérêts de l'enfant* »<sup>218</sup>. Et le règlement sur les obligations alimentaires prévoit que l'ordre public peut être invoqué, mais non « *l'ordre public concernant des questions procédurales* »<sup>219</sup>. Il s'agit là de limitations qui viennent atténuer une prospérité qui n'est d'ailleurs qu'apparente, nombre d'instruments adoptés dans le cadre de l'ELSJ ne prévoyant pas de clause d'ordre public<sup>220</sup>.

### **La Charte des droits fondamentaux et l'ordre public**

L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et de la Charte des droits fondamentaux qui, pour partie, codifie les droits fondamentaux dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice depuis 1969 et, pour l'autre, les complète, marque incontestablement une évolution importante vers ce que nous sommes convenus d'appeler un ordre public européen.

---

215 Sur le principe de confiance mutuelle dont l'importance n'est pas toujours bien perçue, voir : J.-C. Bonichot et M. Aubert, « *Les limites du principe de confiance mutuelle dans la jurisprudence de la CJUE : comment naviguer entre Charybde et Scylla* », in *Revue universelle des droits de l'homme*, 30 juin 1976.

216 Traité de Lisbonne adopté le 1<sup>er</sup> décembre 2009 et modifié, dans son article 136, par décision du Conseil européen du 25 mai 2011.

217 Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

218 CJUE, 19 novembre 2015, *P. c. Q.*, aff. C-455/15 PPU [interprétation des articles 23, sous a), et 24 du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale].

219 Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

220 Cela peut s'expliquer par le fait que les actes pris pour la mise en place du grand marché, de même que les instruments relevant de l'ELSJ, règlent aujourd'hui nombre de situations au sujet desquelles l'ordre public national pouvait être invoqué. En outre, ces textes, souvent techniques et précis, ne permettent pas toujours d'envisager la possibilité de mesures dérogatoires, fussent-elles d'ordre public.





Désormais, devant le juge national, juge de droit commun du droit de l'Union, comme devant la Cour de justice, les motifs d'ordre public invoqués par les autorités nationales se trouvent directement confrontés, non seulement, aux impératifs découlant des objectifs matériels de l'Union, mais, également, aux droits fondamentaux garantis par la Charte. Certes, il est permis de considérer que les clauses d'ordre public étant déjà interprétées en contemplation des droits fondamentaux consacrés par la jurisprudence de la Cour de justice, l'impact réel de la Charte, qui les intègre, se trouve, de ce fait, limité. Ce nouvel instrument n'en reste pas moins d'une importance primordiale.

Cette importance tient notamment à ce qu'aujourd'hui les clauses d'ordre public ne couvrent plus la totalité du champ d'intervention de l'Union, ainsi qu'une affaire actuellement pendante<sup>221</sup> devant la Cour de justice permet d'en prendre la mesure : l'Office des étrangers de Belgique ayant rejeté une demande de visa présentée par une famille syrienne, au motif qu'elle avait manifestement l'intention de séjourner plus de quatre-vingt-dix jours en Belgique et que les États membres n'étaient pas obligés d'admettre sur leur territoire toute personne vivant une situation catastrophique, le Conseil du contentieux des étrangers de Belgique, saisi de ce refus, a décidé d'interroger la Cour de justice au sujet de l'interprétation du code des visas ainsi que des articles 4 (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants) et 18 (droit d'asile) de la Charte des droits fondamentaux<sup>222</sup>. L'on voit bien que dans cette affaire, au-delà de la problématique du droit applicable – il est notamment soutenu que la situation des requérants ne relève pas du droit de l'Union –, c'est fondamentalement l'ordre public qui est en jeu, que ce soit celui qui est censé préserver d'une atteinte à l'intérêt fondamental de la société, selon l'expression par laquelle la Cour de justice caractérise *a minima* la notion d'ordre public, ou que ce soit celui des préoccupations sécuritaires, ou encore celui qui abrite des valeurs de dignité humaine qui, toutes, font le consensus social d'un pays<sup>223</sup>.

Et pourtant, force est de constater que dans les débats devant la Cour, la notion d'ordre public a été totalement absente.

De même qu'elle est absente de nombre d'affaires portées devant la Cour de justice concernant l'ELSJ, pourtant traversées par les mêmes préoccupations de protection de l'ordre public. Ne font exception que les procédures où la notion d'ordre public est expressément visée dans l'acte en cause, comme par exemple en

---

221 C'est-à-dire au 24 février 2017.

222 CJUE, Gde ch., 7 mars 2017, *X et X c. État belge*, aff. C-638/16 (PPU). La Cour de justice a jugé qu'en l'état actuel du droit de l'Union une demande de visa à validité territoriale limitée introduite par un ressortissant d'un pays tiers pour raisons humanitaires relève du seul droit national.

223 « Il est attristant de constater que, malgré la longueur et le caractère répétitif des interventions des représentants des quatorze gouvernements s'étant succédé à la barre au cours de l'audience du 30 janvier 2017, aucun d'entre eux n'a rappelé ces valeurs face à la situation dans laquelle sont plongés les requérants au principal et qui a conduit la Cour à enclencher la procédure d'urgence » (Point 7 des conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-638/16 PPU, précitée).





matière de rétention du demandeur d'asile<sup>224</sup> ou de droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres<sup>225</sup>.

Ainsi, dans les affaires où les valeurs que porte l'ordre public national ne peuvent pas être invoquées par le biais d'une clause d'ordre public qui n'existe pas, elles le peuvent désormais en application de la Charte, lorsque ces valeurs s'inscrivent dans les droits fondamentaux qu'elle garantit, ce qui est le cas en général des valeurs d'ordre public national qui reposent sur des éléments immatériels.

Et même lorsqu'une clause d'ordre public est prévue, on constate un phénomène d'« absorption » de l'ordre public national par les droits fondamentaux garantis par la Charte, dont un arrêt récent donne une illustration<sup>226</sup>. La Cour de justice était appelée à répondre à la question de savoir si « *la reconnaissance et l'exécution d'une ordonnance rendue par une juridiction d'un État membre, qui a été prononcée sans qu'un tiers dont les droits sont susceptibles d'être affectés par cette ordonnance ait été entendu, doivent être considérées comme manifestement contraires à l'ordre public de l'État membre requis (article 34 du règlement) et au droit à un procès équitable (article 47 de la Charte)* ». Considérant que le règlement n° 44/2001, comme toutes les dispositions du droit de l'Union, devait être interprété à la lumière des droits fondamentaux désormais inscrits dans la Charte, la Cour de justice conclut que, « *dans des circonstances telles que celles en cause, la reconnaissance et l'exécution d'une ordonnance rendue par une juridiction d'un État membre, sans qu'un tiers dont les droits sont susceptibles d'être affectés par l'ordonnance ait été entendu, ne sauraient être considérées comme manifestement contraires à l'ordre public de l'État membre requis, dans la mesure où il lui est possible de faire valoir ses droits* » devant la juridiction de l'État d'origine<sup>227</sup>.

On observera que la valeur d'ordre public national invoquée ici, à savoir le droit à un procès équitable, est aussi une valeur d'« ordre public européen » consacrée

---

224 CJUE, 15 février 2016, *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, aff. C-601/15 PPU [demande de décision préjudicielle portant sur la validité de l'article 8, paragr. 3, premier al., sous e), de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (JO L 180, p. 96)]. La CJUE rappelle avoir jugé, dans des arrêts récents (aff. C-554/13 et aff. C-373/13), que la notion d'« ordre public » suppose, en tout état de cause, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle, actuelle, et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société. La mise en évidence de cet élément constitutif – l'atteinte à un intérêt fondamental de la société – n'est pas nouvelle puisque cette expression figurait déjà dans les arrêts : CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. C-41/74, précité, et CJCE, 27 octobre 1977, *Bouchereau*, aff. C-30/77.

225 CJUE, Gde ch., 2 mai 2018, *K. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie et H. F. c. Belgische Staat*, précité.

226 CJUE, 25 mai 2016, *Rüdolfs Meroni c. Recoletos Limited*, aff. C-559/14.

227 Cette décision confirme un arrêt précédent (CJUE, 16 juillet 2015, *Diageo Brands*, aff. C-681/13) énonçant que le règlement n° 44/2001 repose sur l'idée fondamentale selon laquelle les justiciables sont tenus, en principe, d'utiliser toutes les voies de recours ouvertes par le droit de l'État membre d'origine avant tout recours à la clause d'ordre public dans l'État membre requis. En dépit de la prudence de la Cour de justice qui laisse ouverte la porte à une autre solution en cas de « *circonstances particulières rendant trop difficile ou impossible l'exercice des voies de recours dans l'État membre d'origine* », elle n'emporte pas une adhésion unanime de la doctrine, qui voit dans cette « *sorte d'épuisement des voies de recours dans l'état d'origine* », non prévue par le règlement, « *une charge procédurale lourde, difficilement compatible avec l'idée d'accès à la justice qui irrigue le contentieux civil et commercial européen* » (C. Nourissat, in *Procédures*, n° 7, juillet 2016, comm. 231).

à l'article 47 de la Charte au regard de laquelle, en tout état de cause, doit être interprété le règlement n° 44/2001, par la Cour de justice mais aussi par le juge national ; en sorte que même en l'absence d'une clause d'ordre public dans le règlement « Bruxelles I » l'intéressé aurait bénéficié du même standard de protection.

On imagine difficilement l'hypothèse où un jugement serait incompatible avec les valeurs fondamentales du *for* d'accueil, mais ne pourrait pas être écarté au regard d'une disposition de la Charte<sup>228</sup>. Malgré une utilité qui n'est plus évidente, la clause d'ordre public dans ce champ procédural présente une certaine forme de résilience. En effet, lorsque le règlement « Bruxelles I » a été modifié et refondu, afin de supprimer la procédure d'exequatur<sup>229</sup>, la reconnaissance du jugement étranger étant acquise sans formalité, la clause d'ordre public a néanmoins été maintenue, comme pour afficher, en cette matière sensible, un dernier rempart de souveraineté.

Au terme de ce rapide survol et à la lumière des considérations qu'il emporte, il est permis de conclure qu'avec l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux, l'émergence d'un ordre public européen, qui a des racines anciennes, se trouve confirmée. Désormais, l'intérêt général de protection de l'ordre public, invoqué pour déroger à une liberté fondamentale des traités, doit être concilié avec les droits fondamentaux garantis par la Charte.

Cette conciliation relève de l'office du juge national ; la saisine de la Cour de justice en interprétation restant toujours possible mais n'ayant plus la même automaticité qu'auparavant, lorsqu'il incombait à la seule Cour de justice d'interpréter les clauses d'ordre public à la lumière des droits fondamentaux qu'elle avait elle-même consacrés. Par ailleurs, dans la mesure où les valeurs portées par la notion d'ordre public en droit interne le sont, aujourd'hui, le plus souvent, par les droits garantis par la Charte<sup>230</sup>, cette notion semble destinée à n'avoir plus qu'un rôle résiduel dans le champ du droit de l'Union.

---

**Bernard Stirn**

*Président de la section du contentieux,  
modérateur de la table ronde*

Merci beaucoup pour cet exposé particulièrement riche. La parole est au professeur Wachsmann.

---

228 À titre d'exemple, l'arrêt CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, aff. C-7/98, peut être revisité à la lumière de la Charte qui aurait permis d'aboutir à la même solution, à savoir que le juge de l'État requis ne peut pas tenir compte du fait que le juge de l'État d'origine a fondé sa compétence sur la nationalité de la victime d'une infraction, mais qu'il peut en revanche prendre en considération le refus que ce juge a opposé au défendeur de se défendre sans comparaître personnellement.

229 Procédure visant à donner, dans un État, force exécutoire à un jugement rendu à l'étranger.

230 Ainsi en est-il du respect de la dignité de la personne humaine.



Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'ordre public est normalement « de jurisprudence » – je fais là une constatation inverse de celle qui vient d'être faite par M. Grass. Pourquoi ? Tout simplement parce que l'ordre public est une limite évidente et explicite à l'exercice de nombreux droits consacrés par la Convention EDH.

L'élément le plus connu et le plus apparent de cette dialectique est le paragraphe 2 des articles 8 à 11 de la Convention EDH. Relisons l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale). Que constatons-nous ? Le « *droit au respect de [la] vie privée et familiale* » est affirmé dans le paragraphe 1, tandis que le paragraphe 2 précise qu'« *il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

La protection des droits et libertés d'autrui est bien connue : l'article 4 de la Déclaration de 1789 n'énonce-t-il pas que « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* » ? En revanche, l'on est frappé par la multiplicité des déclinaisons de l'ordre public qui résultent de ces dispositions. L'une des conséquences de la richesse de l'énumération faite dans le texte est que la Cour européenne des droits de l'homme passe presque toujours très vite sur la question de savoir si l'un des buts légitimes visés par l'État s'inscrivait bien dans la liste citée précédemment pour l'article 8, paragraphe 2.

Généralement, sous la seule réserve d'éventuelles difficultés quant à la question de savoir si l'ingérence en cause était bien « *prévue par la loi* », la Cour en vient rapidement à la question de savoir si la limitation litigieuse était bien « *nécessaire* » dans une « *société démocratique* » pour atteindre les buts légitimes visés.

À cet égard, la formule-type que la Cour continue d'utiliser – comme par exemple dans un arrêt du 10 janvier 2017<sup>231</sup> – est la suivante : « *La Cour est prête à accepter – autrement dit, elle n'examine pas les choses très à fond – que ces éléments avancés par le Gouvernement puissent être rattachés à la protection des droits et libertés d'autrui ou à la protection de l'ordre, au sens de l'article 9 paragraphe 2 de la Convention* ». Ce qui revient à dire en somme : ne perdons pas notre temps sur cette question, l'essentiel se joue sur le terrain de la proportionnalité de la mesure.

Il existe des exceptions récentes à ce désintérêt de la Cour pour l'inscription de la mesure nationale litigieuse dans la recherche d'un des buts énumérés par le paragraphe deux.

---

231 CEDH, 10 janvier 2017, *Osmanoğlu et Kocabas c. Suisse*, n° 29086/12.

Dans l'arrêt *S.A.S. contre France* (à propos de l'interdiction de la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public)<sup>232</sup>, la Cour va examiner minutieusement chaque argument du Gouvernement français visant à justifier la loi en cause afin de déterminer s'il est susceptible de se rattacher à l'un des buts légitimes énumérés par les paragraphes 2 des articles 8 et 9 de la Convention EDH. Le Gouvernement français avait notamment allégué devant la Cour la volonté de ménager le « vivre-ensemble » – terme galvaudé à force d'être entendu dans des situations de promotion politique et dangereux car suggérant que la société française tient par le seul désir et l'émotion d'être ensemble. En l'espèce, il s'agissait de respecter les règles essentielles de la vie en société, ce qui suppose notamment pour le Gouvernement que l'on se présente à autrui et dans les lieux publics à visage découvert.

La Cour va donc gloser sur les termes utilisés par la Convention, et notamment sur celui de « *sécurité publique* » dont elle va retenir une approche extrêmement restrictive, précisant que la sécurité publique correspond à ce que l'on appelle en droit administratif français « *l'ordre public dans la rue* », soit la lutte contre les émeutes et le recours à la violence réalisé ou imminent. Alors que restait-il ? Il reste, dès lors que la Cour refuse une acception large de la notion de sécurité publique, un seul but légitime, qui se trouve être « la protection des droits et libertés d'autrui ». Ce qui amène, me semble-t-il, le raisonnement de la Cour à un porte-à-faux dans la mesure où, en réalité, ce qui est en cause est bien une *conception* de l'ordre public. À savoir, la conception que la Cour elle-même reconnaît dans sa jurisprudence : un corps de principes politiques et moraux essentiels au maintien de la socialité. La Cour va donc, d'une manière très embarrassée, essayer d'examiner ce qui, sous l'angle de la protection des droits d'autrui, permet en l'espèce à la loi française d'interdire la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public.

Résultent de cette analyse des considérations très embarrassées comme : « *La Cour prend en compte le fait que l'État défendeur considère que le visage joue un rôle important dans l'interaction sociale. Elle peut comprendre le point de vue selon lequel les personnes qui se trouvent dans les lieux ouverts à tous souhaitent que ne s'y développent pas des pratiques ou des attitudes mettant fondamentalement en cause la possibilité de relations interpersonnelles ouvertes, qui, en vertu d'un consensus établi, est un élément indispensable à la vie collective au sein de la société considérée. La Cour peut donc admettre que la clôture qu'oppose aux autres le voile cachant le visage soit perçue par l'État défendeur comme portant atteinte au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble. Cela étant – ajoute immédiatement la Cour, comme prise d'un remords – la flexibilité de la notion de vivre-ensemble et le risque d'excès qui en découle, commandent que la Cour procède à un examen attentif de la nécessité de la restriction considérée* ».

Le flou du raisonnement, mené en termes trop réducteurs, me semble-t-il, de protection des droits d'autrui, conduit, en réalité, d'abord à une décision elle-même embarrassée dans son raisonnement : le lecteur de l'arrêt *S.A.S.* est ballotté – tel le lecteur d'un banal roman policier – entre les différentes solutions qui s'offraient à la Cour – c'est le genre de méthode qu'affectionnait Agatha Christie passant,

232 CEDH, Gde ch., 1<sup>er</sup> juillet 2014, *S.A.S. c. France*, n° 4385/11.



en quelque sorte, en revue les différents suspects possibles en faisant croire à chaque fois qu'on tient, cette fois-ci, le coupable. Avec cet effet pervers que, dès le deuxième roman, le lecteur sait qu'un suspect dévoilé trop tôt ne peut pas être le coupable... En l'espèce, révérence gardée, il en va un peu de même : la Cour ne cesse de dire pourquoi il est incompatible avec la société démocratique d'interdire la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public ; de sorte que l'on se dit que la condamnation est inéluctable, et puis, finalement, tout à la fin, la Cour se déclare prête à considérer que le Gouvernement pouvait légitimement croire que la mesure était nécessaire dans une société démocratique pour protéger les droits d'autrui. La motivation est abondante – nécessité, en Grande chambre, de rallier les voix nécessaires à l'obtention d'une majorité ? –, elle n'est pas forcément convaincante, et la chute est abrupte.

Venons-en à l'ordre public tel qu'il est utilisé dans la balance de la proportionnalité, c'est-à-dire à l'exercice même du *contrôle de nécessité* dans une société démocratique. Il faut rappeler ici – même si les choses sont bien connues – que la marge d'appréciation laissée aux États en la matière peut varier. Notons également que l'idée de *marge nationale d'appréciation* est une invention de la Commission européenne des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme puisque l'on n'en trouve, à ce jour encore, aucune trace dans la Convention ni même dans son Préambule. La Commission a introduit cette notion très tôt, en 1958, dans une affaire *Grèce contre Royaume-Uni*<sup>233</sup> à propos du processus qui a conduit à l'indépendance de Chypre. La Commission a considéré, au regard de l'article 15 de la Convention, que c'était d'abord à l'État d'apprécier les nécessités de l'ordre public ; aussi bien pour qualifier la situation de danger public exceptionnel menaçant la vie de la nation, que pour déterminer les mesures exigées par la protection de la nation.

La Cour a ensuite repris, voire amplifié, cette marge nationale d'appréciation qu'elle fait varier selon les situations : la marge peut être qualifiée d'étroite lorsque sont en jeu des valeurs fondamentales de la Convention EDH (tolérance, pluralisme, esprit d'ouverture, c'est-à-dire les notions qui caractérisent la société démocratique), dans d'autres cas la marge est plus large et peut même connaître davantage de nuances – marge « large », « ample », « considérable », entre autres – selon les cas.

En fonction de quoi cette marge d'appréciation peut-elle varier ? Beaucoup d'articles ont été écrits sur ce sujet, vis-à-vis desquels la Cour EDH a d'ailleurs répondu d'une manière parfois malicieuse pour détruire les constructions doctrinales que l'on avait cru pouvoir élaborer.

Ce qui est clair, c'est que les variables d'appréciation principales concernent la nature du droit en cause ou, plus précisément, l'importance de l'atteinte portée aux éléments essentiels du droit en cause. L'élément généralement le plus important est l'existence de ce que la Cour EDH appelle un « *consensus européen* » qui doit se lire comme la conviction de la Cour qu'elle peut se targuer, à partir d'un certain point de bascule, de la légitimité qui lui permet d'imposer à l'ensemble des États

---

233 Pour les origines du concept, voir *Grèce c. Royaume-Uni*, n° 176/56, paragr. 136, rapport de la Commission européenne des droits de l'homme du 26 septembre 1958.

membres du Conseil de l'Europe la solution qui fait l'objet du plus grand consensus au sein de la communauté des États parties. À cela, s'ajoute la proximité des enjeux de l'affaire soumise à la Cour par rapport aux valeurs essentielles de la société démocratique.

Un cas récent illustre cette approche. Dans l'affaire *Osmanoğlu et Kocabas contre Suisse*<sup>234</sup>, des requérants musulmans refusaient que leurs deux jeunes filles puissent être astreintes à l'obligation d'apprendre à nager, au motif que cela les exposait à subir le regard des garçons de leur classe, ce qui était contraire à leurs convictions personnelles. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que, si l'absence de dispense de cours obligatoire mixte de natation pour les élèves musulmanes n'enfreint pas le droit de leurs parents à la manifestation de leur religion, « *l'intérêt des enfants à une scolarisation complète permettant une intégration sociale réussie selon les mœurs et coutumes locales prime sur le souhait des parents de voir leurs filles exemptées des cours de natation mixtes* » (point 97). La Cour a noté également que les autorités ont offert des aménagements significatifs aux requérants en permettant à leurs filles de porter le burkini, et en leur assurant de se dévêtir et se doucher hors de la présence des garçons (point 101).

La Cour a relevé – sans y attacher une importance explicite – que les requérants situaient leurs prétentions bien au-delà de ce que requéraient les exigences religieuses de l'Islam, même interprétées largement ; le très jeune âge de leurs filles faisant qu'elles étaient trop jeunes pour être concernées par les interdictions en cause. L'affaire témoignait ainsi d'une surenchère que l'on peut qualifier comme procédant d'un communautarisme islamique. En tous cas, on se trouvait fort loin des commandements coraniques.

La Cour relève dans cet arrêt que le souhait du canton de Bâle de faire prévaloir une intégration sociale réussie par une scolarisation qui comporte l'intégralité des obligations scolaires telles que conçues par l'État « *prime sur le souhait des parents de voir leurs filles exemptées des cours de natation mixtes* ». On a bien ici l'existence d'une marge nationale – et même infranationale pour tenir compte du caractère fédéral de l'État défendeur – d'appréciation, dont la Cour tient dûment compte et qu'elle qualifie même de « *considérable* ».

Peut-être peut-on avancer qu'en l'espèce, la pesée des intérêts prend en compte le fait que n'était pas en cause un commandement islamique mais seulement une interprétation « forcée », les parents alléguant qu'il s'agissait de préparer leurs filles à ce qui sera, à un âge déterminé non encore atteint par elles, une obligation qui pèserait sur elles. Il me semble que l'on peut réintroduire dans le raisonnement de la Cour dans cette affaire une donnée implicite dont il me semble qu'elle a, selon moi, à juste titre, pesé sur le raisonnement en termes de proportionnalité.

Encore une fois, nous voyons que l'ordre public et la marge nationale d'appréciation se combinent, doivent se combiner, et cela bien sûr sous le contrôle du juge, en l'espèce du juge européen.

---

234 CEDH, 10 janvier 2017, *Osmanoğlu et Kocabas c. Suisse*, n° 29086/12.



**L'ordre public économique et social**

**Sommaire**

Éléments de problématique ..... 97  
Biographie des intervenants ..... 99  
Actes..... 101







# Éléments de problématique

---

Si les principes d'autonomie de la volonté et de force obligatoire des contrats conservent toute leur place dans la sphère économique et sociale, l'ordre public n'en est pas absent.

Des procédures collectives qui nécessitent de soumettre l'ensemble des créanciers à un mécanisme commun, au droit du travail dont l'existence est requise par l'asymétrie des situations entre employeur et salariés – et aujourd'hui avec les nombreuses branches du droit économique (droit de la concurrence, droit boursier, etc.) –, l'histoire du droit en matière économique et sociale a été celle de l'extension du domaine de l'ordre public.

Ou peut-être, devrait-on dire, *des ordres publics* ; les différentes logiques – de protection de la concurrence et des salariés par exemple – pouvant entrer en conflit.

Maître Le Prado examinera ainsi la façon dont la CJUE, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont cherché à réaliser l'équilibre entre la libre concurrence, d'une part, et la protection des salariés, d'autre part, à propos de la sélection par les partenaires sociaux des prestataires gérant les assurances complémentaires notamment en matière de santé.

Mme la présidente Maugué examinera pour sa part l'équilibre recherché par le Conseil d'État entre le principe d'autonomie de la volonté, qui sous-tend le droit de l'arbitrage, et les principes fondamentaux du droit administratif.

Enfin, M. le président Rameix examinera les difficultés particulières posées par les exigences procédurales de la Cour EDH et du Conseil constitutionnel en matière de régulation boursière.





# Biographie des intervenants

---

*Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence*

## Modérateur

### **Laurent Le Mesle**

*Premier avocat général de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation*

Magistrat depuis 1978, Laurent Le Mesle est juge d'instruction au Mans avant d'occuper un certain nombre de postes au parquet : substitut, puis premier substitut à Angers, procureur adjoint à Pontoise, puis procureur de la République à Châteauroux et à Nancy. Sous-directeur à la direction des affaires criminelles et des grâces de la Chancellerie en 1994, il a été conseiller du Président de la République de 2002 à 2004. Il a successivement dirigé le cabinet de Dominique Perben et de Pascal Clément, gardes des sceaux, ministres de la justice. Laurent Le Mesle a été procureur général près la cour d'appel de Paris (2006-2010). Il est, depuis janvier 2010, premier avocat général à la Cour de cassation, placé auprès de la chambre commerciale. Auteur de nombreux articles en matière de procédure collectives et de droit bancaire, Laurent Le Mesle collabore de façon régulière au *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*. Il a publié en 1998 un « Que Sais-je » sur *Le procureur de la République*.

## Intervenants

### **Didier Le Prado**

*Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien président de l'Ordre*

Didier Le Prado est diplômé de l'École supérieure de commerce de Paris et titulaire d'une licence de sociologie et d'une maîtrise en droit. Il a prêté serment comme avocat à la Cour d'appel de Paris en 1980, et a été secrétaire de la Conférence de stage des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation en 1983. Il est avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation depuis 1987, et a été président de son Ordre de 2009 à 2011. Il a présidé le Haut Conseil des professions du droit (2010-2016) et a été membre du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel de 2012 à 2014. Il préside l'association européenne des barreaux des cours suprêmes. Il a été vice-président de la société de législation comparée, et il est membre du comité de direction de l'association française de droit maritime.

## **Christine Maugüé**

*Présidente de la 7<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État*

Diplômée de Sciences Po, ancienne élève de l'École normale supérieure de Sèvres et de l'École nationale d'administration, Christine Maugüé a rejoint le Conseil d'État en juin 1988. Elle y a occupé différentes fonctions : responsable du centre de documentation (1991-1994), commissaire du Gouvernement à la 1<sup>re</sup> sous-section, puis à la 10<sup>e</sup> sous-section du contentieux (1994-2003), rapporteur général de la commission supérieure de codification, assesseur, puis présidente de la 6<sup>e</sup> sous-section du contentieux (2009-2013) et présidente adjointe de la section de l'administration (2014-2015). De 1999 à 2000, elle est chargée de mission auprès du directeur des affaires juridiques du ministère de l'économie sur la réforme du code des marchés publics. Elle est membre du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (2007-2013) et membre du collège de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (2009-2012). Elle a par ailleurs exercé des activités d'enseignement à Sciences Po (1989-1995 et 2005-2010) et en qualité de professeure associée à l'université de Panthéon-Assas (1996-2005), puis à l'université de Panthéon-Sorbonne (2008 et 2012). De 2013 à 2014, elle est directrice de cabinet de la garde des sceaux, ministre de la justice. Christine Maugüé est aujourd'hui présidente de la 7<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État.

## **Gérard Rameix**

*Président de l'Autorité des marchés financiers*

Diplômé d'études supérieures de droit public et de Sciences Po, Gérard Rameix est ancien élève de l'École nationale d'administration. Il commence sa carrière à la Cour des comptes comme auditeur (1978-1982) et conseiller référendaire (1982-1984). Détaché en qualité de chargé de bureau à la direction du budget du ministère des finances, Gérard Rameix réintègre la Cour des comptes en 1984, puis est nommé conseiller technique au cabinet du Premier ministre (1986-1988). Directeur des affaires industrielles (1989), puis directeur des opérations financières et des investissements (1990) à la société Hottinguer Finances, il devient président de la société Finindex en 1990. En 1993, Gérard Rameix est nommé directeur de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés, puis devient, en 1997, directeur adjoint du cabinet du Premier ministre. Directeur général de la Commission des opérations de bourse (COB) de 1997 à 2003, il est nommé secrétaire général de l'Autorité des marchés financiers (AMF) à sa création en 2003. De mai à septembre 2009, il occupe les fonctions de conseiller maître, président de section à la 5<sup>e</sup> chambre à la Cour des comptes de Paris. De 2009 à 2012, Gérard Rameix est médiateur national du crédit aux entreprises. Depuis août 2012, il préside l'Autorité des marchés financiers.



# Actes – L’ordre public économique et social

---

**Laurent Le Mesle**

*Premier avocat général de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation,*  
**modérateur de la table ronde**

C’est un grand honneur pour moi de présider cette dernière table ronde dont le thème est « l’ordre public économique et social ».

Mon propos introductif sera bref et consistera en six observations sur les *nouveaux enjeux de l’ordre public et pouvoirs de police*, et sur *l’émergence d’un ordre public européen*. Trois observations m’ont été suggérées par les deux tables rondes précédentes ; les trois autres proviennent de l’expérience acquise au cours des sept années passées à la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation.

**1)** En introduction au colloque, le Premier président Louvel et le vice-président Sauvé ont tous deux évoqué l’article 6 du code civil : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs* ». La chambre commerciale a-t-elle souvent l’occasion d’appliquer cet article 6 et d’annuler des clauses de contrats dérogeant à l’ordre public ? En réalité, il ne le semble pas. Souvent, la chambre commerciale – comme sans doute la première chambre civile – a l’occasion d’annuler des clauses contractuelles, mais elle ne le fait pas au visa de l’article 6, elle le fait au visa de textes particuliers qui sont des textes d’ordre public. C’est-à-dire qu’elle attache plus d’importance, finalement, au caractère impératif de la loi qu’au fait que ce soit un texte d’ordre public. Certes, le résultat est le même mais la démarche du juge est différente.

**2)** La deuxième observation a trait au conflit entre ordre public et liberté, et porte sur la nécessité de trouver en permanence le bon équilibre entre l’ordre public et la(les) liberté(s). Mais, au fond, est-ce dans ces termes que la question se pose devant nos juridictions ?

Il y a environ deux ans, à la demande de l’ordre des avocats au Conseil d’État et à la Cour de cassation, j’ai été amené à travailler sur le thème de *la liberté d’entreprendre dans la jurisprudence de la chambre commerciale*. Je m’étais alors aperçu que, pendant très longtemps, aucun arrêt de la chambre commerciale ne comportait le terme « liberté d’entreprendre », sauf dans un domaine qui n’était pas du tout un domaine d’ordre public mais d’intérêt privé, s’agissant des clauses de non-concurrence – qui interviennent à la suite, par exemple, de la cession d’un fonds de commerce. Et puis, subitement, la chambre commerciale a commencé à invoquer très régulièrement dans ses arrêts la liberté d’entreprendre. C’est

l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui a entraîné ce changement. Le juge judiciaire devenant un peu, et à sa manière – puisqu'il filtre les QPC –, un « juge constitutionnel de premier degré ». Dans ce contexte, la chambre commerciale de la Cour de cassation a eu à apprécier l'équilibre entre les principes constitutionnels et les dispositions, au besoin d'ordre public, des lois que nous devons appliquer.

C'est là un débat compliqué. En ouverture à ce colloque le procureur général Marin citait Chateaubriand<sup>235</sup>, ce qui m'évoquait d'autres propos du vicomte également issus des *Mémoires d'outre-tombe*<sup>236</sup> : « *les Français vont instinctivement au pouvoir ; ils n'aiment point la liberté ; l'égalité seule est leur idole. Or, l'égalité et le despotisme ont des liaisons secrètes* »<sup>237</sup>.

Je me demande si le débat actuel entre « liberté d'entreprendre » et « ordre public » – ordre public de protection, donc d'égalité – n'emprunte pas un peu les mêmes voies. Ainsi, au moment de la décision du Conseil constitutionnel sur la loi dite « Florange »<sup>238</sup>, la problématique s'est-elle construite dans des termes analogues à ceux employés par Chateaubriand ; parmi les commentateurs de cette décision *Florange*<sup>239</sup>, l'un disait que la liberté d'entreprendre était utilisée par le Conseil constitutionnel pour privilégier les droits individuels au détriment des droits sociaux – ce dont il se désolait –, et un autre affirmait, au contraire, que la liberté d'entreprendre constitue un outil parmi d'autres de contrôle des excès de la législation économique.

**3)** La troisième observation porte sur le rapport entre « ordre public de protection » et « ordre public de direction ». C'est un fait qu'il existe actuellement un recul global, en matière économique et sociale, de l'ordre public de direction au profit de l'ordre public de protection. Le Premier président Louvel évoquait, dans son discours introductif, le rapport 2013 de la Cour de cassation<sup>240</sup> et le travail important qui a été réalisé sur la notion d'ordre public sous la direction du professeur Drago<sup>241</sup>. Il a été relevé dans ce rapport que s'il est classique de distinguer l'ordre public de direction et l'ordre public de protection, dans certaines matières l'ordre public de direction est en régression, notamment en matière économique, alors que l'ordre public de protection se développe, par exemple au profit des consommateurs.

Et il y a, en matière d'ordre public de protection, une série de textes qui donnent lieu à un contentieux important devant la chambre commerciale (et à un moindre niveau devant la première chambre civile) ; il s'agit des différentes réformes intervenues en droit du cautionnement.

---

235 François-René de Chateaubriand (1768-1848), écrivain et homme politique français.

236 F.-R. de Chateaubriand, *Mémoires d'outre-tombe*, éd. Penaud frères, Paris, parution posthume en douze volumes entre 1849 et 1850 ; éd. Gallimard, bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1947 (tome 1), 1950 (tome 2), rééd. tomes 1 et 2, 2015.

237 *Ibid.*, vol. 4.

238 Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle.

239 CC, décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014.

240 Cour de cassation, rapport annuel 2013, *L'ordre public*, éd. La documentation Française, Paris, 2014.

241 Guillaume Drago, professeur de l'université Panthéon-Assas.



En effet, depuis la loi « Neiertz » du 31 décembre 1989<sup>242</sup>, mais surtout depuis la loi « Dutreil » du 1<sup>er</sup> août 2003<sup>243</sup>, des formules manuscrites extrêmement précises, qui ont vocation à établir que la caution sait exactement à quoi elle s'engage, sont exigées, et le juge doit procéder à un contrôle de proportionnalité ; de telle sorte que s'il y a disproportion il y a décharge du cautionnement. On est ici au cœur de l'ordre public de protection.

Ceci appelle de ma part deux observations :

- d'une part, sur la base de ces textes, la chambre commerciale essaye de promouvoir une vision intelligente du consommateur. Si bien que, dans ce domaine, le juge de cassation vient, en réalité, limiter le champ de l'ordre public ;

- d'autre part, le juge de cassation appréciait la proportionnalité des engagements de la caution bien avant que le législateur ne vienne la lui imposer ; la différence tient à ce que, pour la jurisprudence, de la disproportion ne résultait qu'une décharge proportionnelle, alors que la solution imposée par le législateur a prévu une décharge globale quel que soit le montant de cette disproportion. Nous avons donc à nouveau une limitation par le juge des effets de l'ordre public de protection.

**4)** La quatrième observation concerne le droit des procédures collectives, aspect quelque peu absent de nos présents débats. En matière civile, l'ordre public constitue souvent le motif de l'intervention du ministère public devant les juridictions. C'est notamment le cas en droit des procédures collectives, et la chambre commerciale s'assure, à chaque fois que cela est nécessaire, que le ministère public est intervenu quand il le devait. La chambre vérifie aussi qu'il n'intervient pas en dehors de ses compétences.

Ainsi, par exemple, dans une affaire où la procédure collective avait tellement duré qu'il n'y avait plus de commissaire du plan pour s'assurer concrètement de la bonne exécution du plan de redressement, le ministère public était intervenu auprès de la juridiction pour en faire désigner un ; et la Cour de cassation a dit que c'était une intervention légitime au titre de l'ordre public dont le ministère public a la charge<sup>244</sup>. C'est un arrêt intéressant, car il ne s'agissait pas de l'ordre public économique, mais d'une sorte d'ordre public procédural. De telle sorte qu'il n'est pas impossible de soutenir qu'il appartient au ministère public, au titre de sa mission de protection de l'ordre public, de s'assurer du bon déroulement de la procédure collective<sup>245</sup>.

**5)** Une cinquième observation, très rapide, à propos du droit des procédures collectives : la plupart de ces dispositions sont des dispositions d'ordre public. Pour autant la chambre commerciale est très sourcilleuse sur le respect de ce qui rentre dans ce périmètre.

---

242 Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

243 Loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique.

244 C. cass., Com., 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-21.373.

245 Cf. Cour de cassation, *Rapport annuel 2013, L'ordre public*, éd. La documentation Française, Paris, 2014, p. 201 et suiv.



Ainsi, l'article R. 662-3 du code de commerce définit la compétence du juge de la procédure collective en précisant que « *le tribunal saisi d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire connaît de tout ce qui concerne la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaires, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la faillite personnelle ou l'interdiction [de gérer]* ».

Ce qui recouvre les actions nées de la procédure ou sur lesquelles celle-ci exerce son influence<sup>246</sup>, autrement dit, celles qui ressortent de la compétence exclusive du juge de la procédure collective.

6) Ma dernière observation porte sur l'arbitrage. Dans ce domaine, les clauses compromissoires sont possibles en matière de procédure collective, sous la double condition que, d'une part, il ne s'agisse pas de l'une de ces actions qui sont nées de la procédure ou sur lesquelles celle-ci exerce son influence et, d'autre part, que la clause compromissoire ne concerne que les litiges entre les parties qui l'ont stipulée ; ce qui signifie que le liquidateur, lorsqu'il représente les créanciers, n'est pas lié par la clause compromissoire, il n'est lié que quand il représente le débiteur.

Je mets un terme à cette introduction pour vous présenter les trois intervenants à cette table ronde.

Maître Le Prado évoquera le droit des mutuelles et le droit de la sécurité sociale, lieux de rencontre de différents ordres publics ou de l'ordre public et de la liberté ; Madame la présidente Maugué nous parlera d'arbitrage ; et, enfin, le président Rameix évoquera la régulation économique, les rapports entre ordre public et régulation économique et, peut-être, un peu de *non bis in idem*<sup>247</sup> car il s'agit là d'un sujet dont la Cour de cassation s'est préoccupée ces derniers mois<sup>248</sup>.

Je donne la parole à maître Le Prado.

---

**Didier Le Prado**

*Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation,  
ancien président de l'Ordre*

Le sujet que je souhaiterais développer concerne un exemple de confrontation entre l'ordre public économique et l'ordre public social, sous le regard croisé de nos deux Hautes Juridictions : les clauses de désignation des prestataires de complémentaire-santé par les partenaires sociaux.

---

246 C. cass., Com., 3 mai 2016, pourvoi n° 14-28.982 ; C. cass., Com., 12 juillet 2016, pourvoi n° 14-29.429.

247 *Non bis in idem* (ou *ne bis in idem*) : nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement deux fois à raison des mêmes faits.

248 Cf. les actes du colloque « La chambre criminelle de la Cour de cassation face aux droits européens », organisé par la Cour de cassation le 7 octobre 2016.





L'ordre public économique au sens strict désigne l'ordre public concurrentiel, c'est-à-dire l'ordre public du marché. C'est l'idée qu'exprimait l'écrivain Mario Vargas Llosa<sup>249</sup> : « *ni la liberté, ni la concurrence ne fonctionnent comme les baguettes magiques des contes de fées, il faut les faire fonctionner* »<sup>250</sup>.

L'ordre public social, quant à lui, se réfère aux dispositions qui encadrent la liberté contractuelle en faveur des salariés, c'est un ordre public de protection.

Il existe un certain nombre d'exemples de confrontation entre ces deux ordres publics. Ainsi en matière de licenciement économique ou encore de contrôle des opérations de concentration.

Mais cette confrontation est alors d'abord l'œuvre du législateur, même si nos deux Hautes Juridictions, grâce à un dialogue constant, ont su adopter une jurisprudence cohérente dans la mise en œuvre des différents concepts.

J'ai préféré retenir un exemple dans lequel la confrontation a été d'abord l'œuvre des juges à travers l'exemple des régimes de protection sociale complémentaires prévus par l'ancien article L. 912-1 du code de la sécurité sociale.

Ce texte permet aux partenaires sociaux de conclure un accord collectif pour mutualiser le risque prévoyance au sein d'une profession.

L'accord comporte une clause de désignation d'un organisme de prévoyance complémentaire, ainsi qu'une clause de migration qui impose à toutes les entreprises qui auraient déjà souscrit des garanties d'adhérer à cet organisme. Enfin, son effet est renforcé par un arrêté d'extension du ministre du travail rendant obligatoire ces adhésions et ces migrations au sein du secteur concerné.

L'objectif de solidarité et de prévention poursuivi par les partenaires sociaux porte nécessairement atteinte, d'une part, à la liberté contractuelle des entreprises qui ne voudraient pas adhérer et, d'autre part, à la liberté d'entreprendre des organismes concurrents privés d'accéder au marché.

Ce qui a généré un contentieux qu'ont eu à connaître tant les juridictions judiciaires qu'administratives.

Ce contentieux dit « des clauses de désignation » illustre la manière dont le Conseil d'État, la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne, dans un chœur à trois voix, ont su concilier l'ordre public économique et l'ordre public social pour faire émerger ce que l'on pourrait appeler un *ordre public économique et social*, notion qui n'a cependant jamais été consacrée par nos Hautes Juridictions.

---

249 M. Vargas Llosa (né en 1936), écrivain péruvien, auteur de romans et d'essais politiques, prix Nobel de littérature 2010.

250 « *Ni la liberté ni la concurrence ne fonctionnent comme les baguettes magiques des contes de fées. Il faut les faire fonctionner, sans baisser la garde et en faisant face résolument contre ceux qui les dénaturent ou les violentent. En restant avertis des entraves, menaces et conjurations qui toujours, et de la façon la plus subtile et variée, surgiront en leur sein* » (M. Vargas Llosa, *Les enjeux de la liberté*, éd. Gallimard, Paris, 1997).



J'ajoute que le conflit entre les deux ordres publics a été réglé pour l'avenir par une décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013<sup>251</sup> qui a jugé que l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale portait une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre, et l'a déclaré contraire à la Constitution.

Toutefois, les accords collectifs en vigueur à la date de cette abrogation ont été sanctuarisés.

Nos deux Hautes Juridictions ont su, dans le cadre de ce contentieux transitoire, dégager une solution plus nuancée que celle du Conseil constitutionnel dans cette confrontation entre les deux ordres publics. Elles ont fait en sorte d'assurer la primauté de l'ordre public social sur l'ordre public économique (1) ; tout en admettant la possibilité d'une atteinte à l'ordre public social par le principe de transparence économique (2).

### **1. La primauté de l'ordre public social sur l'ordre public concurrentiel**

Prenant le contrepied de Benjamin Franklin<sup>252</sup> pour qui on ne saurait sacrifier un peu de liberté pour un peu de sécurité<sup>253</sup>, le Conseil d'État, la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne ont consacré cette primauté, qui a été maintenue même après l'abrogation du régime en cause par le Conseil constitutionnel.

#### *1.1. La consécration de la primauté*

La question a d'abord été soumise au Conseil d'État qui, dans un arrêt du 19 mai 2008<sup>254</sup>, a rejeté un recours dirigé contre un arrêté d'extension d'une clause de désignation et de migration contenue dans une convention collective, celle de la boulangerie-pâtisserie.

Le Conseil d'État a estimé que les directives européennes des 18 juin et 10 novembre 1992<sup>255</sup> ne s'opposaient pas à ce qu'un accord collectif désigne un organisme assureur unique chargé d'organiser la couverture et la prévention des risques santé et décès des salariés des entreprises adhérentes.

La Cour de justice de l'Union européenne a été ensuite saisie d'une question préjudicielle par une juridiction judiciaire du fond. Dans un arrêt du 3 mars 2011, elle a clairement affirmé que ces clauses n'étaient pas soumises au droit de la concurrence en raison précisément de l'objectif de solidarité poursuivi<sup>256</sup>.

---

251 CC, décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013 (loi relative à la sécurisation de l'emploi), considérants 11 et 12.

252 Benjamin Franklin (1706-1790), écrivain, scientifique et homme politique américain.

253 Citation attribuée à B. Franklin : « *Those who would give up Essential Liberty to purchase a little Temporary Safety, deserve neither Liberty nor Safety* » (Ceux qui voudraient renoncer à la liberté essentielle, pour acheter un peu de sécurité temporaire, ne méritent ni la liberté, ni la sécurité), R. Jackson, B. Franklin, *An Historical Review of the Constitution and Government of Pennsylvania*, éd. R. Griffiths, Londres, 1759, p. 289.

254 CE, 19 mai 2008, *Convention collective nationale de la boulangerie-pâtisserie*, n° 298907.

255 Directives n° 92-49 du 18 juin 1992 et n° 92-96 du 10 novembre 1992 qui parachèvent la réalisation en droit européen du marché unique de l'assurance.

256 CJUE, 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance c. Beaudout père et fils SARL*, aff. C-437/09 (demande de décision préjudicielle du TGI de Périgueux).



Se fondant sur la notion de service économique d'intérêt général, et faisant une application des jurisprudences *Albany* et *Van der Woude*<sup>257</sup>, la Cour a estimé que le fait que l'organisme désigné soit placé dans une position dominante au sens de l'article 102 du TFUE ne faisait pas obstacle à la légalité du régime. La Cour a relevé à cet égard que le régime était financé par des cotisations forfaitaires à un taux non proportionnel au risque assuré, et ne prenant pas en considération l'âge, l'état de santé ou les risques particuliers du salarié.

Cette mutualisation au service de l'ensemble des salariés répond bien aux exigences d'un ordre public social.

La primauté de l'ordre public social sur l'ordre public économique a ensuite été affirmée par de nombreux arrêts de la Cour de cassation<sup>258</sup>.

La Cour de cassation a jugé, à propos de ces clauses de désignation et de migration, que l'affiliation obligatoire à un régime de remboursement complémentaire des frais de soins pour l'ensemble des entreprises du secteur concerné était conforme à l'article 101 du TFUE. Et, s'agissant de l'arrêté d'extension, elle a jugé que ni l'article 101, ni l'article 102 du TFUE ne s'opposaient à ce que les pouvoirs publics investissent un organisme de prévoyance du droit exclusif de gérer un tel régime.

Cette approche des deux Hautes Juridictions, comme celle de la CJUE, tranche avec l'approche du Conseil constitutionnel qui a estimé que le régime portait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle.

Et cette primauté de l'ordre public social sur l'ordre public économique a été maintenue, même après l'abrogation prononcée par le Conseil constitutionnel.

### *1.2. Le maintien de la primauté*

La loi nouvelle ne permet désormais plus aux partenaires sociaux que de recommander un ou plusieurs organismes aux entreprises adhérentes.

Mais le Conseil constitutionnel a expressément limité dans le temps la portée de sa décision, et cette loi n'est donc pas applicable aux contrats en cours. Contrats en cours qui sont, non pas les contrats de prévoyance individuels, mais les accords collectifs conclus entre les partenaires sociaux.

Dans le cadre du contentieux transitoire, la Cour de cassation comme le Conseil d'État ont maintenu cette prépondérance de l'ordre public social sur l'ordre public concurrentiel. Ils ont accepté de sanctuariser les accords collectifs déjà conclus, estimant que la liberté de choix des entreprises conduirait à une remise en cause de l'objectif de solidarité poursuivi.

La Cour de cassation a donc persisté à juger qu'aucune obligation de mise en concurrence ne pesait sur les partenaires sociaux<sup>259</sup>.

257 CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96 ; CJCE, 21 septembre 2000, *van der Woude*, aff. C-222/98.

258 C. cass., Soc., 22 septembre 2015, pourvoi n° 14-21.807 ; C. cass., Soc., 9 décembre 2015, pourvoi n° 14-24.526 ; C. cass., Soc., 7 mars 2017, pourvois n°s 15-13.701 et 15-18.865.

259 C. cass., Soc., 11 février 2015, pourvoi n° 14-13.538.



Et le Conseil d'État, saisi d'un recours contre un arrêté d'extension, a jugé, dans un arrêt du 30 décembre 2013, que l'arrêté était parfaitement conforme aux articles 102 et 106 du TFUE. Toutefois, le Conseil d'État, dans cet arrêt, a transmis à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle portant sur le respect du principe de transparence<sup>260</sup>.

## **2. Un ordre public social affecté par le principe de transparence**

Il s'agit d'une affectation limitée, même si ses effets peuvent potentiellement y porter une atteinte substantielle.

### *2.1. Une affectation limitée*

Le principe de transparence résulte de l'article 56 du TFUE et des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination dont la libre prestation de services exige le respect. Il entretient des liens étroits avec l'ordre public concurrentiel, puisqu'il exige un degré de publicité adéquate en vue d'une ouverture à la concurrence et un contrôle de l'impartialité de la procédure d'attribution. Il participe donc, à sa manière, au bon fonctionnement du marché.

La Cour de justice de l'Union européenne, saisie de cette question préjudicielle du Conseil d'État, a jugé, le 17 décembre 2015<sup>261</sup>, conformément à sa jurisprudence *Sporting Exchange*, que ce principe devait s'appliquer à la procédure d'extension des clauses de désignation et de migration, sous réserve que le marché en cause présente un intérêt transfrontalier certain<sup>262</sup>. Et le Conseil d'État, à la suite de cette décision, a annulé le 8 juillet 2016 l'arrêté d'extension au motif qu'il n'avait pas été précédé d'un degré de publicité adéquate.

Une dose de droit de la concurrence affecte donc l'ordre public social. L'atteinte est limitée cependant. Cette exigence de transparence ne s'applique qu'à la seule décision d'extension prise par l'autorité publique, c'est-à-dire par le ministre, les partenaires sociaux n'étant pas soumis à cette obligation, comme l'a confirmé la Cour de cassation dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2016<sup>263</sup>.

Dès lors, c'est une simple publicité adéquate qui est exigée et non un appel d'offres. Le Conseil d'État, cette fois, l'a réaffirmé dans un arrêt récent du 7 décembre 2016<sup>264</sup>, précisant simplement que si les partenaires décident de choisir la procédure d'appel d'offres, ils doivent en respecter les règles.

Enfin, tant la Cour de justice que le Conseil d'État ont reporté dans le temps les effets de leur décision imposant le respect de l'obligation de transparence ; le Conseil d'État estimant que les effets de l'arrêté annulé devaient être regardés comme définitifs sous réserve des actions contentieuses introduites avant la date de l'arrêt de la Cour de justice.

260 CE, 30 décembre 2013, *Société Beaudout père et fils*, n° 357115.

261 CJUE, 17 décembre 2015, *Union des syndicats de l'immobilier (UNIS) et Beaudout père et fils SARL*, aff. jointes C-25/14 et C-26/14.

262 CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd c. ministre van justitie* (ministre de la justice néerlandais), aff. C-203/08.

263 C. cass., Soc., 1<sup>er</sup> juin 2016, pourvois n°s 15-12.276 et 15-12.796.

264 CE, 1<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> ch. réunies, 7 décembre 2016, *Société Allianz*, n° 366345.



## 2.2. Une affectation à la portée incertaine

Il reste toutefois une incertitude quant à la portée de l'obligation de transparence imposée au ministre par la CJUE et le Conseil d'État.

Quelles sont les obligations à respecter ? Quel est le degré de publicité adéquate ? Quel délai doit être laissé aux opérateurs pour se manifester et sous quelle forme ? Que peut faire le ministre vis-à-vis des partenaires sociaux si d'autres opérateurs se manifestent ? Et quel sens donner à la notion d'action contentieuse en cours à la date de l'arrêt de la CJUE du 17 décembre 2015 ? La Cour de cassation a été saisie de cette dernière question et y a répondu par un arrêt de mars 2017<sup>265</sup>.

Enfin, la question se pose également de savoir si un régime social fondé sur la solidarité peut fonctionner si certaines seulement des entreprises d'un secteur y participent, et si les autres peuvent se retourner vers le mieux offrant même si les garanties proposées ne sont pas les mêmes. Dans ce contexte, le risque n'est-il pas que seuls les mauvais risques soient mutualisés ?

Ce contentieux des clauses de désignation révèle, en réalité, la nécessité de faire converger les notions d'ordre public *économique* et d'ordre public *social*. En effet, la concurrence n'est pas une fin en soi, mais un moyen d'améliorer le bien-être social, c'est-à-dire, au final, le bien-être de la société toute entière.

Un nouvel ordre public, cette fois économique et social, pourrait ainsi permettre d'assurer le bon fonctionnement du marché, là encore au sens le plus large du terme.

---

**Laurent Le Mesle**

*Premier avocat général de la chambre commerciale, financière  
et économique de la Cour de cassation,  
modérateur de la table ronde*

Merci maître. La parole est à Madame la présidente Maugué.

---

**Christine Maugué**

*Présidente de la 7<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État*

Merci M. le président. Le sujet que je vais évoquer concerne l'ordre public à travers le contrôle des sentences d'arbitrage.

La récente décision d'Assemblée du contentieux *Société Fosmax*, du 9 novembre 2016<sup>266</sup>, a conduit le Conseil d'État à se pencher sur le rôle de la notion d'ordre public en matière contractuelle, et plus précisément en matière de contrat public. Il s'agit là d'une variété d'ordre public qui a véritablement structuré cette décision qui concerne le contrôle du juge administratif sur une sentence arbitrale internationale.

---

265 C. cass., Soc., 7 mars 2017, pourvoi n° 14-27.229.

266 CE, Ass., 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806.



Cette décision est importante, car c'est la première fois que le Conseil d'État était appelé à se prononcer au fond sur une sentence arbitrale.

Mais cette décision est également importante d'un double point de vue : d'abord, par le rôle qui est conféré à l'ordre public pour délimiter le contrôle du juge administratif sur une sentence arbitrale internationale (1) et, ensuite, d'un point de vue plus général, sur la place de l'ordre public dans le droit des contrats administratifs (2).

### **1. Le premier apport de l'arrêt *Société Fosmax* concerne la délimitation du contrôle du juge administratif sur une sentence arbitrale internationale.**

L'affaire *Société Fosmax* met en cause une sentence arbitrale qui concerne un contrat de la commande publique mettant en jeu les intérêts du commerce international – l'une des sociétés qui devait réaliser des travaux était une société italienne. En raison de l'existence d'une clause compromissoire, les parties au contrat ont porté leurs différends, survenus lors de l'exécution du contrat, devant un juge arbitral dont la décision se trouvait contestée.

La question de la compétence du juge administratif pour connaître de cette sentence était réglée par une décision rendue par le Tribunal des conflits le 11 avril 2016<sup>267</sup> qui se situe dans la lignée de la décision du Tribunal des conflits *INSERM* de 2010<sup>268</sup>, qui a retenu la compétence du juge administratif pour connaître de cette sentence ; nonobstant le fait qu'il s'agisse d'une sentence arbitrale internationale, domaine où il y a une compétence de principe du juge judiciaire, parce qu'est en cause un contrat de la commande publique et que, avait précisé le Tribunal des conflits en 2010, il y a un nécessaire contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives de droit public relatives à l'occupation du domaine public qui régissent la commande publique.

Ceci étant dit, c'était la première fois que le juge administratif avait à se prononcer au fond sur une sentence arbitrale, sachant que, jusque là, toutes les affaires qui lui avaient été posées concernant des sentences arbitrales étaient des cas où il avait relevé que le litige était non arbitral.

On notera que le Conseil d'État avait, par ailleurs, jugé depuis très longtemps (et par défaut) qu'il était juge d'appel des sentences arbitrales<sup>269</sup>. Ensuite, il fallait bien que le Conseil d'État détermine quel était le contrôle qu'il allait exercer sur ces sentences. C'est ce qu'il a fait dans la décision *Société Fosmax* du 9 novembre 2016.

Ainsi, conduit pour la première fois à se prononcer au fond sur une sentence arbitrale, le Conseil d'État énonce que : « *lorsqu'il est saisi d'un tel recours, il appartient au Conseil d'État de s'assurer, le cas échéant d'office, de la licéité de la convention d'arbitrage, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire ou d'un compromis ; que ne peuvent en outre être utilement soulevés devant lui que des moyens tirés, d'une part, de ce que la sentence a été rendue dans des conditions irrégulières et,*

267 TC, 11 avril 2016, *Société Fosmax LNG c. groupement d'entreprises STS*, n° 4043.

268 TC, 17 mai 2010, *INSERM c. Fondation Letten F. Sausgstad*, n° 3754.

269 Voir par exemple : CE, Ass., 4 janvier 1957, *Lamborot*, Rec. p. 12.



*d'autre part, de ce qu'elle est contraire à l'ordre public ; que s'agissant de la régularité de la procédure, en l'absence de règles procédurales applicables aux instances arbitrales relevant de la compétence de la juridiction administrative, une sentence arbitrale ne peut être regardée comme rendue dans des conditions irrégulières que si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent, s'il a été irrégulièrement composé, notamment au regard des principes d'indépendance et d'impartialité, s'il n'a pas statué conformément à la mission qui lui avait été confiée, s'il a méconnu le principe du caractère contradictoire de la procédure ou s'il n'a pas motivé sa sentence ; que s'agissant du contrôle sur le fond, une sentence arbitrale est contraire à l'ordre public lorsqu'elle fait application d'un contrat dont l'objet est illicite ou entaché d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, lorsqu'elle méconnaît des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger, telles que notamment l'interdiction de consentir des libéralités, d'aliéner le domaine public ou de renoncer aux prérogatives dont ces personnes disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat, ou lorsqu'elle méconnaît les règles d'ordre public du droit de l'Union européenne »<sup>270</sup>.*

De cette décision, l'on peut tirer plusieurs enseignements en ce qui concerne le contrôle du juge administratif sur une sentence arbitrale.

- Premier enseignement : il s'agit d'un contrôle adapté.

Il ne s'agit pas d'un contrôle de juge d'appel, mais d'un contrôle adapté, assez proche d'un contrôle de cassation et s'inspirant du cadre fixé par le code de procédure civile (CPC). Les limites du contrôle du juge administratif sont clairement exposées : il doit s'assurer, le cas échéant d'office, de la licéité de la convention d'arbitrage et peut, sur le fond, censurer une sentence arbitrale qui aurait été rendue dans des conditions irrégulières ou qui serait contraire à l'ordre public.

S'agissant du contrôle de l'« arbitrabilité » du litige, le Conseil d'État se démarque sur ce point de la jurisprudence judiciaire qui n'exerce pas ce type de contrôle en raison de l'interdiction de principe pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage, à moins d'y être expressément habilitées.

- Deuxième enseignement : le contrôle exercé sur le fond de la sentence porte sur le respect des règles d'ordre public que la décision s'est efforcée de définir.

Il est clair, lorsque l'on regarde la décision, que les règles d'ordre public ne sont pas tout le droit de la commande publique. Loin s'en faut. Mais seules les règles d'ordre public sont contrôlées par le juge administratif au regard d'une sentence arbitrale, et la décision donne une explication de ce qu'est, aux yeux du Conseil d'État, le contrôle des règles d'ordre public vis-à-vis d'une sentence arbitrale : le contrat a-t-il un objet licite ? Est-il entaché d'un vice d'une particulière gravité sur les conditions sur lesquelles les parties ont donné leurs consentements ? La sentence méconnaît-elle des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent pas déroger ? La sentence méconnaît-elle des règles d'ordre public du droit de l'Union européenne ?

<sup>270</sup> Décision *Société Fosmax* précitée, 5<sup>e</sup> considérant.



On notera que la décision est plus détaillée sur les règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent pas déroger (principe d'inaliénabilité du domaine public, interdiction de consentir des libéralités ou de renoncer aux prérogatives dont disposent les personnes publiques dans la conduite de leurs relations contractuelles).

Finalement, le juge administratif, vis-à-vis des sentences arbitrales, contrôle le respect de ces règles d'ordre public relatives à la commande publique et à la gestion du domaine public qui, d'une part, fondent sa compétence (pour le Tribunal des conflits depuis la décision *INSERM*<sup>271</sup>) et, d'autre part, s'imposent avec une force particulière aux personnes publiques dont la liberté contractuelle est, par nature, beaucoup plus limitée que celle des personnes privées et toujours subordonnées à l'intérêt général.

L'affaire *Fosmax* donne une illustration plus précise de ces règles d'ordre public et de leur contenu auxquels les personnes publiques ne peuvent pas déroger. Le fait pour la sentence arbitrale de s'être trompée sur le choix du droit en appliquant au contrat des règles de droit privé, alors que d'après l'analyse du Tribunal des conflits de 2016, il s'agit d'un contrat administratif, ne constitue pas en soi la méconnaissance d'une règle d'ordre public. Autrement dit, l'erreur sur le droit applicable, dès lors qu'elle ne conduit pas à ce que la solution rendue méconnaisse une règle d'ordre public, est étrangère à l'office du juge de la sentence. Par contre, la faculté de mettre en régie les prestations du marché est une garantie de la bonne exécution des contrats administratifs de la commande publique, et est un droit auquel le maître d'ouvrage ne peut pas renoncer.

En revanche, les modalités d'indemnisation des travaux supplémentaires, dans le cadre d'un marché à prix forfaitaire, ne constituent pas des règles impératives auxquelles les parties ne pourraient pas déroger.

Ainsi, par rapport à ces règles, la décision *Fosmax* montre qu'il s'agit là d'un plein contrôle qu'exerce le juge. On ne retrouve pas l'idée d'un contrôle limité au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée. Cette décision montre également qu'il ne s'agit pas de l'ordre public international, ni de la « conception française » de l'ordre public international, mais des règles d'ordre public du droit français qui sont la justification même de la compétence du juge administratif.

- Troisième enseignement : les pouvoirs du juge sont limités.

Dans cette décision, le Conseil d'État affirme qu'il ne peut pas réformer la sentence arbitrale et se borne donc à l'annuler totalement ou partiellement – l'annulation

---

271 Dans cette décision, le Tribunal des conflits juge que « le juge judiciaire est compétent pour connaître d'un recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté en France, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne. Toutefois (...) le recours contre une telle sentence arbitrale relève de la compétence du juge administratif lorsqu'il implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles régissant la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public » (source : [www.tribunal-conflits.fr](http://www.tribunal-conflits.fr)).





totale ou partielle de la sentence renvoyant aux parties la question de savoir si elles souhaitent constituer à nouveau un tribunal arbitral. Le Conseil d'État ne peut pas, en effet, régler lui-même l'affaire au fond, sauf si les parties le lui demandent, car la convention d'arbitrage subsiste et reste valide.

## **2. L'arrêt *Fosmax* est également un arrêt important pour ce qui concerne le droit des contrats administratifs.**

En effet, le second apport de la décision *Fosmax* concerne le rôle de l'ordre public dans le droit des contrats administratifs.

La décision du Tribunal des conflits du 17 mai 2010, *INSERM*, avait identifié les contrats « *relevant d'un régime administratif d'ordre public* ». Il s'agit des marchés publics, des contrats de partenariat, et des délégations de service public pour lesquels s'appliquent des principes d'ordre public.

- Des principes d'ordre public applicables au stade de la passation des contrats.

Il s'agit là de principes impératifs de la commande publique, au nombre desquels figurent les principes de la liberté d'accès à la commande publique, de l'égalité de traitement des candidats, et de la transparence des procédures. Principes dont le Conseil constitutionnel a estimé qu'ils avaient une valeur constitutionnelle et qui, pour le Conseil d'État, répondent à des impératifs d'ordre public. C'est d'ailleurs pour ce motif que le Conseil d'État, dans un arrêt d'assemblée de 2009, *Compagnie générale des eaux*<sup>272</sup>, a jugé, dans le silence de la loi, que les dispositions législatives de la loi « Sapin »<sup>273</sup>, qui depuis 2015 encadrent la durée des délégations de service public dans les secteurs de l'eau et des déchets – dispositions qui ne précisaient pas si elles s'appliquaient ou pas aux conventions en cours –, étaient applicables aux contrats en cours parce que ladite loi « Sapin » répond à un impératif d'ordre public qui est de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de services publics et la transparence des procédures de passation.

- L'application aux contrats en cours d'une loi nouvelle ne comportant pas de mention expresse en ce sens est justifiée par l'existence d'un impératif d'ordre public.

Il existe sur ce point une jurisprudence abondante qui concerne notamment la législation sur les prix, et donc l'application des nouvelles législations aux contrats en cours, mais il s'agit là de contrats de droit privé. Or selon une jurisprudence très ancienne, le juge administratif considère qu'il peut y avoir des impératifs d'ordre public renforcé qui permettent de porter ainsi atteinte aux contrats en cours, alors même qu'il y a un silence de la loi sur ce point<sup>274</sup>.

La particularité de l'arrêt *Compagnie générale des eaux* de 2009 est de l'avoir appliquée à des contrats administratifs.

272 CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux et commune d'Olivet*, n° 271737.

273 Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, modifiée notamment par la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.

274 Voir par exemple : CE, sect., 11 décembre 1970, *Société des établissements Sonauto*, Rec. p. 748.



- Des règles d'ordre public concernant l'exécution des contrats administratifs.

L'arrêt *Société Fosmax* est ici particulièrement intéressant car il fait apparaître, de manière concrète, les « règles d'ordre public » du régime du contrat administratif. Il s'agit des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent pas déroger : principe d'interdiction des libéralités, principe d'inaliénabilité du domaine public, et renonciation aux prérogatives dont les personnes publiques disposent au cours de l'exécution du contrat.

On en avait déjà eu des illustrations dans la jurisprudence de ces prérogatives spécifiques auxquelles les personnes publiques ne peuvent pas renoncer. Ainsi, par exemple, dans une affaire de 1985, *Association Eurolat*<sup>275</sup>, le juge administratif avait considéré qu'était nulle une clause de renonciation au pouvoir de résiliation unilatéral d'un contrat administratif. Dans l'arrêt *Fosmax*, précité, nous avons une illustration positive de ces règles d'ordre public au cours de l'exécution, à propos du droit reconnu aux personnes publiques contractantes de mettre en régie les contrats qui ont pour objet l'exécution de travaux publics. On notera que ce qui était en cause dans l'affaire *Fosmax* était la construction d'un terminal méthanier sur la presqu'île de Fos Cavaou. Or il s'agit là d'un ouvrage essentiel pour réaliser la sécurité de l'approvisionnement énergétique, mission de service public par détermination de la loi<sup>276</sup>. Aussi, le raisonnement de l'assemblée du contentieux est-il parti de l'intérêt public qui s'attache à l'achèvement d'un tel ouvrage public indispensable pour l'exercice d'une mission de service public ; ce qui conduit à ce que la règle, qui permet de surmonter le blocage au cours de l'exécution de travaux, revêt un caractère d'ordre public. En effet, on ne peut pas admettre que des travaux qui sont nécessaires à la réalisation d'un ouvrage public puissent se trouver paralysés par l'inaction du cocontractant.

À travers ces cas, nous avons donc une illustration positive de ces règles d'exécution qui revêtent un caractère d'ordre public.

À l'inverse, lorsqu'il s'agit d'un problème d'indemnisation de travaux supplémentaires dans le cadre d'un marché à forfait, il ne s'agit pas pour le Conseil d'État d'une règle qui revêt un caractère d'ordre public et les parties peuvent y déroger dans le silence des textes.

- Ces prérogatives d'ordre public se transmettent à la personne privée cessionnaire d'un contrat administratif.

Il s'agit là d'un des aspects les plus remarquables de l'arrêt *Fosmax* qui, il faut le noter, n'opposait plus devant le Conseil d'État que des personnes privées ; ceci, alors même qu'il s'agissait à l'origine d'un contrat administratif *ab initio* passé en mai 2004 par Gaz de France. Or, par la suite, ce contrat fut cédé à la société Fosmax (la société Fosmax est venue aux droits de Gaz de France), et une société italienne est venue aux droits de son cocontractant ; c'est pourquoi seules des personnes privées se retrouvèrent présentes en cours d'instance.

<sup>275</sup> CE, srr, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, n<sup>os</sup> 41589 et 41699.

<sup>276</sup> Cf. loi n<sup>o</sup> 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, et loi n<sup>o</sup> 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières.



Dans ce contexte, le juge administratif pouvait véritablement se poser la question de savoir si, à partir du moment où il y a cession du contrat, les prérogatives propres aux contrats administratifs étaient également cédées, et si une personne privée pouvait en user. La décision *Fosmax* y répond de façon positive, en consacrant ce qui est une forme de « transmissibilité » de l'entier régime du contrat administratif.

La personne privée qui est cessionnaire d'un contrat administratif se substitue à la personne publique qui était cocontractante, et elle peut elle-même, de la même façon, modifier unilatéralement le contrat, exercer le pouvoir de contrôle et de sanction, et procéder à une résiliation unilatérale ou mettre en régie les travaux comme dans l'affaire *Fosmax*.

Ainsi, tous les attributs du contrat administratif sont-ils transférés au cessionnaire privé, y compris les prérogatives d'exécution d'ordre public.

Cet ordre public contractuel apparaît également comme un ordre public de direction. C'est à la fois un ordre public de protection des personnes publiques, mais c'est aussi un ordre public de direction au cours de l'exécution des contrats. Et la décision *Fosmax* en montre les potentialités, y compris lorsque le contrat se trouve cédé à une personne privée.

---

**Laurent Le Mesle**

*Premier avocat général de la chambre commerciale, financière  
et économique de la Cour de cassation,  
modérateur de la table ronde*

Merci Madame la présidente. La parole est au président Rameix.

---

**Gérard Rameix**

*Président de l'Autorité des marchés financiers*

Le sujet principal de mon intervention concernera l'ordre public économique dans les marchés financiers. Puis j'évoquerai, dans un second temps, le principe du *non bis in idem*.

### **1. L'ordre public économique dans les marchés financiers**

La notion d'ordre public économique est très large, et englobe de nombreux domaines qui sont complètement étrangers à l'action de l'Autorité des marchés financiers (AMF) et au droit des marchés financiers.

À la question de savoir s'il existe un « ordre public financier », je répondrai que c'est un terme que l'on emploie très rarement. Ce qui se rapprocherait le plus de cette notion serait la mission donnée à l'AMF et à ses prédécesseurs d'assurer le bon fonctionnement du marché. Car ce qui est spécifique dans notre domaine, et particulièrement intéressant à considérer par rapport aux interventions précédentes, c'est le fait que notre champ d'action est très limité par comparaison, par exemple, avec celui du droit social ou du droit de la concurrence. L'AMF travaille



en effet dans l'univers des marchés financiers, de la gestion d'actifs, et de tout ce qui tourne autour du fonctionnement de la bourse et de la gestion des intérêts de ceux qui ont recours au marché, soit pour se financer, soit pour placer leur argent.

Pour l'AMF, le premier constat important est que les acteurs économiques puissent faire prévaloir leurs droits et libertés, car si l'on écoute les économistes, nous sommes dans un domaine où l'on attend du libre jeu du marché l'« *optimum économique* ». Le second élément important sur lequel tout le monde s'accorde est qu'un marché doit pouvoir s'organiser ; même si l'on ne parle pas tellement d'ordre public sur le marché financier. En revanche, le législateur, les autorités européennes ou le régulateur, chacun à leur niveau, définissent une série de règles qui s'imposent aux acteurs et qui sont des règles qui les limitent dans leur liberté contractuelle ou dans leur liberté de comportement. Lorsque l'on parle, par exemple, d'infraction (en raison de l'utilisation d'une information privilégiée ou de la commission d'un délit d'initié), cela signifie qu'on limite une personne ou un opérateur sur le marché dans sa capacité d'acheter ou de vendre des titres, à un moment donné, pour ne pas qu'il trouble le fonctionnement du marché. C'est là finalement un raisonnement d'intérêt général que l'on pourrait appeler « respect d'un certain ordre » par rapport au respect d'un intérêt individuel.

Il n'y a pas si longtemps, des économistes expliquaient que l'utilisation d'une information privilégiée apportait de l'information au marché et que, finalement, il ne fallait pas créer ce type d'infraction. C'est un raisonnement qui n'a plus cours aujourd'hui. Le prix sur le marché financier doit être le point de rencontre de l'offre et de la demande, toutes deux pleinement éclairées par une très bonne qualité d'information – on retrouve ici la notion de transparence que maître Le Prado a utilisée –, et à condition qu'il existe un certain nombre de règles éthiques et comportementales destinées à donner confiance aux acteurs du marché dans le bon fonctionnement de ce dernier.

Nous nous trouvons là à perspective renversée par rapport aux analyses des deux interventions précédentes qui se situaient plutôt dans une organisation, une volonté de servir l'intérêt général, alors que le droit des marchés financiers est, d'une part, plutôt construit à l'envers avec la primauté d'un marché – un marché traditionnel où se rencontrent des vendeurs et des acheteurs – où la liberté est première, et, d'autre part, construit historiquement en grande partie par le régulateur.

C'est-à-dire qu'à un moment donné, les règles de droit ont d'abord été élaborées par les professionnels qui étaient autour du marché et puis, peu à peu, l'État s'est dit qu'il fallait prendre des textes plus généraux ayant une force juridique plus contraignante que des textes d'autorégulation. C'est de cette manière que s'est créée aux États-Unis, durant le *New Deal*, la *Security Exchange Commission* (SEC) et en France, dans les années 1960, la Commission des opérations de bourse (COB)<sup>277</sup>, ainsi que de nombreuses institutions équivalentes dans tous les pays où il y avait des marchés financiers.

---

<sup>277</sup> Créée en 1967, la Commission des opérations de bourse (COB) a été remplacée en 2003 par l'Autorité des marchés financiers (AMF).



Aujourd'hui, la compétence de l'AMF, qui est une compétence générale à la fois très utile et posant des questions juridiques, s'applique sur un domaine limité. L'AMF utilise des outils très importants, car sans notre visa, notre enregistrement ou notre agrément, certaines opérations ne peuvent pas se faire si le dossier n'a pas été visé par le régulateur (introduction en bourse, augmentation de capital au-delà d'une certaine limite, etc.). C'est donc une capacité de prévention ou d'arrêt de l'opération qui se fait, bien sûr sous le contrôle du juge.

L'AMF a également des capacités de surveillance. Elle participe à l'élaboration de la règle de droit et l'interprète dans des décisions individuelles. L'AMF détient en outre une capacité répressive très importante qui mobilise un quart de ses ressources et concerne la détection des infractions, l'établissement des constatations, les enquêtes, les contrôles et la fonction de poursuite. Vient ensuite le travail de la commission des sanctions, voire le travail des juristes de l'AMF qui aident le régulateur à plaider sa cause lorsque les décisions sont contestées, soit devant la cour d'appel de Paris, soit devant la Cour de cassation ou devant le juge administratif selon les domaines concernés.

Bien sûr, toutes ces actions ne sont pas sans incidence, ni sans risques.

En effet, à partir du moment où l'AMF gère de très nombreuses interventions et où le législateur français – et aujourd'hui européen – l'a dotée de pouvoirs d'intervention *a priori* très importants, il est fondamental de savoir jusqu'où peut s'exercer ce pouvoir d'immixtion.

Dans le contexte boursier, le risque le plus répandu est celui de la mauvaise information. Cela peut être le cas, par exemple, lors d'une introduction en bourse. L'intervention de l'AMF a alors pour objet de prévenir ou d'écartier ce genre de risque, mais cela se fait parfois au détriment d'un autre risque qui est celui d'apparaître comme un régulateur extrêmement interventionniste, ayant sa propre conception des opérations et allant sur le terrain de la pure opportunité économique.

La question est alors de savoir jusqu'où va ce contrôle, quelle est la responsabilité de l'AMF lorsqu'elle autorise une opération financière (offre publique d'achat, introduction en bourse, augmentation de capital, etc.) et quelle est la limite de son ressort. À cet égard, on notera que les différents pays européens n'ont pas la même conception de cette limite, bien que l'on tende à la définir de plus en plus précisément.

Pour ce qui nous concerne, l'AMF s'arrête à l'opportunité économique, c'est-à-dire qu'elle a un contrôle de cohérence sur le discours que tient l'entreprise. Par exemple, une entreprise qui réalise une opération de bourse présentera sa situation, ses comptes, les risques qu'elle fait courir à son investisseur ou au contraire les opportunités qu'elle lui offre. L'AMF a le devoir de vérifier que l'opération est claire, cohérente, compréhensible et qu'elle ne contredit pas une information qui aurait été diffusée par ailleurs, mais le régulateur n'a pas à vérifier la véracité de chacune des assertions – l'AMF ne refait pas, par exemple, l'audit des comptes.



Ainsi, des personnes mécontentes du contexte d'une opération financière ne peuvent pas utiliser dans leur contentieux le visa que l'AMF a donné à ladite opération. Ce genre de question de droit est sans rapport avec les devoirs imposés par les textes – dans un souci d'intérêt général – à l'AMF, qui est d'apporter à l'épargnant ou à l'investisseur institutionnel une information claire, aux fins de lui permettre de juger de l'intérêt de tel ou tel investissement. L'AMF n'a pas à se mettre à la place de l'investisseur.

En cas de litige, le régulateur peut demander à ce qu'on lui expose les points principaux de l'affaire, mais sans y apporter le moindre jugement ; et si une partie au litige demande au juge d'appel du visa de l'AMF de reprocher au régulateur de ne pas avoir clarifié sa position juridique, la juridiction – généralement la cour d'appel de Paris – répondra qu'il s'agit là d'une question étrangère au rôle de l'AMF.

Historiquement, l'AMF (anciennement la COB) a pris position sur un certain nombre de problèmes – imaginés et définis à partir de comparaisons internationales – auxquels il a ensuite été donné une base législative (proposée par le Gouvernement et votée par le Parlement), s'agissant notamment des trois grands délits boursiers que sont : le délit de fausse information, le délit de manipulation de cours, et le délit d'initié.

C'est de cette manière que s'est construit, et continue de se construire, un « ordre public financier », même si l'on emploie assez peu ce terme.

## **2. L'AMF et le principe du *non bis in idem***

Sur le principe du *non bis in idem*, l'une des particularités de la position de l'AMF est que certaines infractions financières, notamment les trois grands délits boursiers que je viens de citer, sont depuis toujours des infractions pénales passibles d'amendes et de peines de prison.

Historiquement, le rôle de l'ancienne COB était d'avoir une organisation de spécialistes de l'investigation qui rassemblaient les dossiers, les présentaient au collège de la COB, avant de les envoyer au parquet de Paris qui poursuivait ou non. La COB prenait la décision de suggérer au parquet d'engager des poursuites, ou éventuellement classait le dossier à son niveau.

À la suite de l'affaire Pechiney-Triangle en 1989<sup>278</sup>, le pouvoir de sanction a été donné à la COB et au Conseil des marchés financiers, puis à l'AMF qui en a hérité. Par une décision de 1989<sup>279</sup>, le Conseil constitutionnel a validé le principe de ces deux poursuites concurrentes, dès lors que certaines précautions étaient prises, s'agissant notamment pour l'autorité administrative de ne pas prononcer de peine de prison – ce qui, au demeurant, n'avait jamais été envisagé – et que le plafond de la peine prévue pour l'infraction en question ne soit pas dépassé par le cumul des deux amendes éventuelles.

---

278 Il s'agit de l'une des plus importantes affaires de délit d'initié de l'histoire boursière française.

279 CC, décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989.



Sans entrer dans les détails juridiques qui ont conduit l'AMF à s'organiser pour, par exemple, séparer les fonctions de poursuite et les fonctions de sanction – ce qui n'était pas prévu dans les textes initiaux de 1989 –, il faut noter que la construction de cette dualité de poursuite et de sanction a perduré en France jusqu'en 2015.

En 2015, à la suite d'une décision du Conseil constitutionnel<sup>280</sup>, une loi a été votée en 2016<sup>281</sup> qui impose que le parquet financier, d'un côté, et l'AMF, de l'autre, puissent éventuellement faire des investigations chacun de son côté sur une même affaire – ce qui n'est pas recommandé, mais reste possible juridiquement.

En revanche, en tant que président de l'AMF, je ne peux plus assigner cette personne aujourd'hui, dès lors que l'on est dans l'une des trois infractions que j'ai citées précédemment, sans envoyer le projet au parquet national financier qui a deux mois pour m'indiquer s'il souhaite ou non poursuivre. Si le parquet répond « non », les poursuites pénales deviennent impossibles pour cette affaire – une constitution de partie civile ne pourrait pas, par exemple, permettre de les engager – ; l'intéressé sera alors jugé uniquement par la commission des sanctions de l'AMF, sous le contrôle ensuite de la cour d'appel de Paris s'il est condamné – il y aura donc amende, mais pas de peine de prison.

À la suite de ce dialogue introduit par l'AMF avec le parquet national financier, le parquet ne peut pas engager de poursuites sans demander à l'AMF si elle connaît l'affaire en question, ou sans lui fournir des éléments de preuve pour voir si elle souhaite également poursuivre.

Depuis 2015 et jusqu'à présent, l'AMF et le parquet national financier ont toujours réussi à s'entendre pour se répartir les dossiers litigieux. Dans le cas où il y aurait un conflit positif de compétences entre l'AMF et le parquet national financier qui, tous deux, seraient désireux de poursuivre chacun sur son terrain, le législateur dans sa sagesse a désigné le procureur général près la cour d'appel afin d'écouter les arguments de l'AMF et de choisir la voie de poursuite.

Une telle approche possède des avantages et des inconvénients.

Les avantages sont que cette approche oblige à une coopération encore plus étroite entre le régulateur et le parquet national financier – par exemple pour s'échanger des informations en cours d'enquête –, et qu'elle clarifie les droits de la défense : on est poursuivi une seule fois. Des inconvénients existent cependant : l'AMF, se plaçant en tant qu'autorité répressive (autorité de poursuite) désireuse de faire régner cet « ordre public financier » qui ne dit pas son nom et dont elle est responsable, va regretter, dans certains cas, que l'importance de l'affaire oblige à passer la main à la juridiction pénale dont les procédures sont beaucoup plus longues, alors qu'elle aurait pu prononcer, dans des délais plus brefs, une amende.

---

280 CC, décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015 : le Conseil Constitutionnel juge que le système alors en vigueur, qui permettait que les mêmes personnes soient sanctionnées pour les mêmes faits, à la fois par le juge pénal et par la commission des sanctions de l'AMF, est contraire au principe de nécessité des délits et des peines résultant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

281 Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché.



Bien sûr, dans ce cas-là, le régulateur sera enclin à apporter tous les éléments et toute sa coopération possible sur le plan technique au parquet national financier avec lequel il travaille.





## Étienne Picard

*Professeur émérite de droit public à l'université Panthéon-Sorbonne*

Étienne Picard, professeur émérite de droit public à l'université Panthéon-Sorbonne, a été directeur de l'École doctorale de droit public et de droit fiscal de l'université de Panthéon-Sorbonne et directeur adjoint (*deputy director*) de l'Institut de droit européen et comparé d'Oxford. Ses principaux travaux de recherches portent sur le droit administratif, le droit comparé et la philosophie du droit. Rédacteur en chef de la *Revue internationale de droit comparé*, il collabore également à de nombreuses autres revues juridiques, notamment la *Revue française de droit administratif* (RFDA), l'*Actualité juridique droit administratif* (AJDA) et les *Cahiers de la sécurité intérieure*. Étienne Picard est l'auteur de nombreux ouvrages et articles en lien avec la notion d'ordre public parmi lesquels : *La notion de police administrative* (préface de Roland Drago, deux tomes, éd. LGDJ, Paris, 1984) ; « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2001 ; *Droit et Justice*, n° 29 ; Entrées « *Common Law* », « Droits fondamentaux » et « *Police* », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. Lamy/PUF, Paris, 2003 ; Entrée « *Police* », in Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Marguénaud, Stéphane Rials et Frédéric Sudre (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, éd. PUF, Paris, 2008.

---

Monsieur le Premier président,  
Monsieur le procureur général,  
Monsieur le vice-président,  
Monsieur l'*Attorney General*,  
Mesdames et Messieurs les présidents,  
Mesdames et Messieurs,  
Chers collègues et amis,  
Chers étudiants,

« *Une vie d'analyse pour une journée de synthèse* » préconisait, il y a près de deux siècles, un maître de l'analyse, Louis-Joseph Gay-Lussac. Analyse chimique, il est vrai, mais cela change-t-il quelque chose pour nous ?

De notre côté, nous n'avons eu qu'une journée d'analyse. Et sur l'invitation des organisateurs de cette journée, que je remercie pour l'honneur qu'ils me font, je viens vous proposer quelques minutes seulement de synthèse.

Mais, au fond, doit-il ici s'agir nécessairement de synthèse ? Et que pourrait être une synthèse de tous ces objets appelés « ordres publics » que nous ont révélés ces analyses ; ces ordres publics si divers, si étonnamment éparpillés et si omniprésents même lorsqu'ils ne disent pas leur nom ?

En tout cas, cette synthèse ne saurait être ni un impossible et inutile résumé de toutes les analyses présentées depuis le début de ce colloque, ni un rapport de plus et encore moins une analyse de plus – en principe tout au moins.

Mon rôle, tel que prescrit par le programme de cette journée, consiste à vous présenter des « propos conclusifs », qui ne sont pas autrement définis en sorte que cela me laisse une « marge d'appréciation » très confortable.

Aussi, si vous me le permettez, je vais interpréter librement cette notion de *propos conclusifs* pour vous proposer une présentation qui se situera entre, d'une part, une synthèse – cette opération de l'esprit qui tend à rassembler en un tout ordonné et spécifique les divers éléments constitutifs d'une entité donnée et qui sont ici ceux qu'ont produit ces analyses de l'ordre public – et, d'autre part, un libre propos, une opinion personnelle sur l'ordre public en général ou sur certains de ses aspects, dont ces approches analytiques ont livré des éléments – nécessairement parcellaires –, qu'il importe maintenant de dépasser pour atteindre des questions qui se posent plutôt au niveau de cette totalité, mais qui ne seront pas nécessairement résolues et qui pourront évidemment continuer à susciter réflexions et débats.

L'impression dominante se résume à cela : l'ordre public, cette notion si française et qui n'a pas vraiment d'équivalent en droit anglais – mais y a-t-il beaucoup d'équivalents entre nos deux droits ? – se présente à tous égards comme une notion éminemment *singulière* :

- Premièrement, elle est éminemment *singulière quant à son statut théorique* déterminé par la diversité extrême de ses formes – on a pu en mentionner une bonne vingtaine durant ce colloque – et à la fois par la nécessité de les subsumer sous une notion totalisante. Car si elles portent toutes le même nom d'« ordre public », elles doivent bien relever d'un concept commun et unique. De sorte que cette notion d'ordre public est à la fois un ensemble de catégories techniques constituées de toutes ces formes d'ordres publics caractérisés essentiellement par leurs régimes, et une catégorie conceptuelle dont l'unité procède plus de la pensée sur le sens qu'elle présente que des divers régimes particuliers de ses éléments, toujours très différents.

- En deuxième lieu, l'ordre public est une notion éminemment *singulière quant à ses sources* qui peuvent être de toutes sortes, textuelles ou non-écrites, jurisprudentielles ou doctrinales, car c'est bien la doctrine, notamment, c'est-à-dire les pensées sur le droit, qui contribuent à élaborer ces diverses catégories d'ordre public, techniques et surtout conceptuelles.

- Troisièmement, l'ordre public apparaît comme une notion éminemment *singulière quant à son contenu* qui est à première vue indéterminé et inépuisable, tant ses éléments constitutifs sont nombreux, variables et quelquefois inattendus.



- En quatrième lieu, l'ordre public est une notion éminemment singulière *quant aux nombreux rangs normatifs qu'il occupe*, qui s'étagent entre le niveau réglementaire et le niveau constitutionnel, en passant par toutes les strates normatives intermédiaires, législatives ou supranationales.

- En cinquième lieu, l'ordre public est une notion éminemment singulière *en raison de la portée ou de la force normative de ses exigences* qui ne paraît pas réductible à celle des autres normes, lesquelles sont simplement normatives, tandis que celles de l'ordre public paraissent d'une certaine façon « surnormatives » ou, mieux encore, impératives.

- Enfin, sixièmement, l'ordre public est une notion éminemment singulière *quant au sens qui s'attache à son existence et à sa fonction*.

Mon propos s'ordonnera donc autour de ces six sujets d'étonnement, repris les uns après les autres dans le même ordre.

### **1. - L'ordre public s'impose comme une notion éminemment singulière quant à son statut théorique**

Il se présente bien comme une catégorie conceptuelle composée de catégories relativement techniques, très nombreuses. Mais, pour montrer comment le droit de l'ordre public se construit et se reconstruit sans cesse, il semble indispensable de relever l'une de ses formes particulières récemment apparue, car elle paraît très novatrice mais surtout assez contestable sur le plan de ses effets et singulièrement de sa cohérence rationnelle. Je veux ici évoquer le cas de la notion d'« ordre public immatériel ».

La formule est apparue récemment comme une sorte de justification langagière et performative à l'extension législative ou administrative des pouvoirs de police – nouvelle illustration de cette vérité selon laquelle le pouvoir et les choses du droit ont besoin de mots au moins autant que de règles, ceux-là travaillant à poser celles-ci, pour s'imposer d'abord aux esprits, là où sourdent les fontaines du droit, car ce sont eux qui les conçoivent en commençant par les dénommer juridiquement.

Or les esprits qui s'exercent en droit, spécialement l'esprit français, sont spontanément portés, par l'effet d'une vision dualiste de toutes ces choses du droit qui est simple, facile et séduisante, à les opposer entre elles d'une manière dialectique et génésique : ainsi s'est établi ce faux parallélisme entre l'ordre public traditionnel, qui serait matériel, tandis que celui-ci, plus nouveau, serait immatériel.

En réalité, cette notion en tant que telle est faussement novatrice ; en outre, elle est dangereuse si l'on entend en faire une forme de l'ordre public de la police administrative, et tout spécialement de la police administrative municipale ; enfin, elle introduit le trouble dans les esprits relativement à ce que peut être l'ordre public en tant que catégorie juridique générale, technique ou conceptuelle selon le cas.



Elle est faussement novatrice car, depuis toujours, l'ordre public comporte des *objectifs* que l'on peut parfaitement tenir pour immatériels. C'est le cas plus particulièrement pour ceux relevant de l'ordre public pénal qui réprime (ou a réprimé) les atteintes au crédit public, à la sûreté de l'État, aux intérêts fondamentaux de la nation, aux incitations à la haine raciale, à l'apologie des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, à l'apologie du terrorisme, au négationnisme, etc., dont les composantes sont soit psychologiques, soit morales, soit politiques – bref, immatérielles d'une façon générale.

Cela n'exclut nullement que cette immatérialité comporte aussi, nécessairement, une implication matérielle plus ou moins marquée, comme des actes, des faits, des propos, des écrits, etc. Mais, en réalité, c'est l'ensemble du droit qui paraît bien immatériel : ainsi, par exemple, les objets du droit constitutionnel sont bien immatériels, comme l'État, la République, la loi, l'autorité publique, le principe de proportionnalité, la laïcité, la neutralité, etc. Le droit civil se constitue aussi de données purement immatérielles, comme la volonté, l'intention contractante, l'obligation, la force exécutoire des conventions, la responsabilité, etc. Le droit de la police administrative comporte lui aussi depuis toujours des éléments immatériels, comme la moralité publique, l'esthétique, la fidélité du débit, l'agrément des piétons, etc., et cela même si ces éléments se trouvent en relation avec des faits ou des objets matériels.

Tout le droit en général est immatériel, même s'il est intriqué dans un monde fait de matérialités, de circonstances, qu'il traite à sa manière toute exclusivement immatérielle tant que la force publique n'est pas entrée en action, ou tant que les services publics ne servent pas encore leurs prestations, ou tant que l'administration n'a pas entrepris tel travail public, toutes choses ensuite bien matérielles.

Si l'on s'attache plus particulièrement à la moralité publique, dont chacun admet aisément qu'elle constituait déjà un élément immatériel de l'ordre public général au moins local (mais l'infraction pénale de racolage, par exemple, existait aussi depuis longtemps, pour attester que le souci de garantir une certaine moralité publique n'était pas l'apanage du seul ordre public administratif général), on comprend bien qu'elle n'entre en jeu que lorsque des faits matériels se sont produits ou vont se produire, comme la projection d'un film, l'ouverture de telle maison ou de tel commerce, etc. Mais tous ces faits n'ont de portée juridique qu'au regard d'une notion juridique qu'est précisément la moralité publique en tant que standard normatif constituant avec d'autres un *élément de l'ordre public*, laquelle et lequel s'affirment comme tout à fait immatériels. De la même façon, il n'y a atteinte à la dignité de la personne humaine que parce que des faits se sont produits ou vont se produire, comme le lancer de nain dans l'affaire *Commune de Morsang-sur-Orge* ou des propos et gestes inacceptables dans l'affaire *Dieudonné M'Bala M'Bala*, appréciés au regard d'un autre standard caractérisant cette fois la dignité au sens du droit.

Mais, de la même façon, lorsqu'il s'agit de troubles considérés comme matériels, spécialement en cas d'atteinte à la sécurité, à la salubrité ou à la tranquillité publique, le motif justifiant de façon juridiquement déterminante l'invocation



de l'ordre public et de ses exigences n'est pas simplement constitué de ces faits matériels, mais de leur caractère inacceptable au regard d'un certain standard que constitue justement tel élément pertinent de l'ordre public invocable en ces matières. Or celui-ci est du droit et, en tant que tel, constitue une exigence tout à fait immatérielle : il ne faut pas confondre le *motif de fait* de l'acte à prendre éventuellement, et le *motif de droit* (la condition légale) de cet acte. Autrement dit, on ne doit pas assimiler, sous prétexte qu'ils portent le même nom de « troubles à l'ordre public », d'une part, des *faits matériels* qui sont bien matériellement des troubles à l'ordre public entendus en ce sens et, d'autre part, la *qualification juridique de ces faits* comme trouble à l'ordre public entendue cette fois comme une donnée imposée par un standard normatif qui, le cas échéant, justifie légalement la mesure de police.

Et il est illusoire de parler ici d'« ordre public matériel », car la vraie cause de la mesure est juridique et non matérielle, et résulte précisément de la caractérisation juridique de ces faits comme « trouble à l'ordre public » selon ce standard qui peut évoluer dans le temps ou varier dans l'espace : ainsi des faits identiques ont-ils pu constituer autrefois des troubles à l'ordre public au sens juridique, et n'en plus constituer de nos jours, ce qui démontre que ce ne sont pas les faits qui comptent, mais leur *qualification juridique* de « trouble à l'ordre public » au sens normatif du terme. Les exemples sont foison en matière de moralité publique, laquelle, parce qu'elle a moins bonne presse aujourd'hui, va dans le sens général d'un affaiblissement de ses exigences. Mais l'inverse peut ou pourrait s'observer en matière de dignité de la personne, dont le principe est lui aussi pétri de moralité publique, mais qui, semble-t-il, jouit d'une plus grande légitimité parce qu'il ne s'agit plus des mêmes exigences morales et que celles-ci, plus actuelles, se trouvent mieux acceptées et même réclamées comme normes.

Il est donc également tout à fait illusoire de penser que cet ordre public « immatériel » serait d'une nature différente, simplement parce qu'immatériel : les faits en cause qui, dans l'exemple retenu, sont le lancer de nain, sont bien matériels, mais ils accèdent à l'*immatérialité juridique* lorsqu'ils sont caractérisés comme « atteinte à la dignité de la personne » au regard d'un standard qui est toujours immatériel. Et cela est vrai même lorsqu'il s'agit d'un trouble à la tranquillité publique ou à la salubrité publique ou à la sécurité publique, car alors l'élément déterminant pour caractériser la « composante » de l'ordre public est soit l'atteinte au droit de vivre tranquille, soit l'atteinte au droit de ne pas tomber malade du fait de l'incurie du public ou des autorités publiques ; droits et atteintes qui ne sont pas moins immatériels que le droit de ne pas subir une atteinte à la dignité de la personne humaine.

Certes, sur le plan technique, on peut bien déceler une spécificité de cette composante immatérielle de l'ordre public ici en cause, en cela qu'il y a quelque chose d'absolu ou de radical dans la qualification de tel ou tel fait comme étant constitutif ou non d'une atteinte à la dignité de la personne : tel ou tel fait « est » ou « n'est pas » attentatoire à la dignité, mais non pas « plus ou moins » attentatoire à cette valeur, ce qui est vrai en l'état actuel du droit positif.



Mais là encore il y a une part d'illusion, car dans le domaine de la sécurité ou de la salubrité tout *fait* est lui aussi caractérisé (ou pas) comme atteinte à la sécurité ou à la salubrité : ce qui est absolu ou radical dans le cas de l'atteinte à la dignité c'est l'effet qui s'attache à cette qualification, en tant qu'il ne permet pas de demi-mesure et échappe donc au principe de proportionnalité.

Mais, en réalité, la cause de cet effet se traduisant par une qualification ou une non-qualification procède bien elle-même d'appréciations qui n'ont rien d'absolu, mais qui s'avèrent tout à fait relatives : on aurait pu considérer que le nain était volontaire et au surplus gagnait sa vie de cette façon pour ne pas le frapper de cette mesure absolue dans ses effets<sup>282</sup>, d'autant qu'il y a des atteintes bien plus graves à la dignité qui échappent presque à toute emprise des exigences de l'ordre public, par exemple l'état de déchéance générale, économique, sanitaire, psychologique, morale, affective, etc., de ceux que l'on appelle les clochards, et que la puissance publique abandonne le plus souvent à l'indignité humaine de leur condition ; on aurait pu aussi considérer que l'exposition au public et la vente de petites figurines obscènes en chocolat noir s'inscrivant dans une « iconographie colonialiste » constituaient une atteinte à la dignité de la personne ou au moins une certaine atteinte à cette dignité, mais ce n'est pas cela qui a été jugé<sup>283</sup>.

Dans ces conditions, l'on observe que l'auteur de l'acte de police procède nécessairement à une appréciation *relative* semblable à celle à laquelle il se livre en matière de méconnaissance des exigences de la moralité par tel ou tel film cinématographique, qui est bien elle aussi un standard immatériel, comme en toute autre matière. De la même façon, en matière d'interdiction de films plus ou moins attentatoires à la moralité publique, le maire n'a le choix qu'entre interdire ou ne pas interdire, car il ne semble pas qu'il y ait des exemples dans lesquels il aurait légalement tenté, comme le peut le ministre, d'imposer des exclusions en fonction de l'âge des spectateurs. Mais, bien que la moralité – et donc l'immatériel – soit en cause, il pourrait certainement, pour d'autres contentieux, interdire la vente de tel ou tel objet à telle heure ou dans tel quartier de sa commune mais non dans d'autres, ou interdire la projection du film dans tel ou tel quartier de sa commune, etc.

Il reste encore une différence technique entre l'invocation de la *moralité* et celle de la *dignité* : dans le premier cas, le juge exige toujours que l'atteinte à la moralité soit assortie de circonstances factuelles particulières et locales, constitutives de troubles matériels, qui soit la constituent ou la manifestent, soit l'aggravent (sans que l'alternative n'apparaisse sous ces traits dans les arrêts), alors que dans le second cas, celui de la dignité, l'interdiction peut être décidée « *même en l'absence de circonstances locales* »<sup>284</sup>.

On peut bien, en effet, concevoir que la dignité représente une valeur trop impérative pour être subordonnée à des considérations factuelles et locales dont la relativité affaiblirait cette impérativité. Mais la morale subit bien les restrictions

282 CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727.

283 CE, juge des référés, 16 avril 2015, *SARL « Grasse Boulange »*, n° 389372.

284 CE, *Commune de Morsang-sur-Orge*, précité.



que lui impose la moralité, laquelle est donc à cet égard conventionnelle, évolutive et relative, tandis que la morale entend ne pas l'être.

Si une différence est faite entre *morale* et *moralité*, pourquoi ne serait-elle pas judicieuse lorsqu'il s'agit de dignité, laquelle obéit tout autant à des exigences morales ou de moralité ? Et d'ailleurs lorsque la dignité était protégée au titre de la moralité (sans peut-être s'en rendre compte), elle subissait déjà cette relativisation. L'autonomie affirmée de la dignité par rapport à la moralité est peut-être de nature à la faire échapper à cette *capitis deminutio*<sup>285</sup> que constitue cette relativisation, et renforcera ainsi la portée de cette morale dont la dignité est évidemment empreinte ; et l'on pourra penser que dans ces conditions, l'on est entré dans une nouvelle ère d'ordre moral, dont seul le contenu a changé mais non la nature.

Toutefois, l'on rencontre maintenant des décisions juridictionnelles qui, pour justifier une interdiction de certains « spectacles », invoquent tout ensemble, notamment, et l'atteinte à la dignité et des circonstances locales bien précises, comme la menace de troubles matériels à l'ordre public<sup>286</sup>. Selon la jurisprudence établie, les troubles à l'ordre public, eu égard à leur gravité alléguée, eussent pu suffire (du moins si la police n'était pas en mesure de maintenir le bon ordre) pour justifier la mesure d'interdiction, tout comme la seule atteinte à la dignité l'eût pu également. Or cette association des deux causes, ou motifs d'interdiction, renforce sans doute le fondement de la décision d'interdire, mais en retour affaiblit chacune d'elle qui, si elle n'avait pas été ainsi associée à une autre, ne paraissait pas suffisante pour justifier la légalité de l'interdiction.

Si, au fond, rien n'est vraiment changé avec l'apparition de cette notion d'ordre public immatériel, et si cette novation n'en est pas une, on pourrait penser qu'il n'y aurait pas lieu de s'élever contre cette pseudo-novation et cette vraie illusion.

En réalité, cette notion d'ordre public immatériel suscite quelques inquiétudes en cela qu'elle risque de constituer, par son arrivée dans l'ordre public de la police administrative générale locale, une sorte de « cheval de Troie » contenant bien des éléments mal circonscrits. Car il ne s'agit plus simplement de souligner que la notion de dignité n'est pas, loin de là, très clairement identifiée dans son contenu, mais que la notion d'ordre public immatériel, qui inclut déjà la dignité, comprend aussi un nombre *indéfinissable* de composantes au moins tout autant indéterminées, chacune invoquée, notamment à propos de l'affaire *Dieudonné M'Bala M'Bala*, comme la condamnation de la haine raciale, de l'apologie des discriminations, des persécutions et exterminations, de la mise en cause de la cohésion nationale et du « vivre-ensemble », du respect des principes et valeurs de la tradition républicaine, etc., notions jusqu'alors inconnues du droit de la police générale locale, et qui peuvent exiger énormément de la liberté, si l'on en n'est pas trop soucieux...

Plus techniquement, on comprend bien comment pourrait alors s'engouffrer dans l'ordre public de la police administrative générale, nationale ou locale, nombre

285 Notion de droit romain désignant la perte, totale ou partielle, de capacité juridique d'une personne.

286 CE, juge des référés, 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Les productions de la Plume e. a.*, n° 374508.



d'exigences contenues notamment dans le code pénal, et qui sont elles aussi ordonnées à des fins tout à fait immatérielles ; de sorte que la répression pénale céderait le pas au profit de la prévention policière administrative, qui ne présente pas les mêmes garanties. C'est d'ailleurs ce qui s'est passé dans l'affaire *Dieudonné M'Bala M'Bala*. Certes, la répression pénale avait été accomplie, mais elle n'avait pas suffi puisque l'intéressé, dès 2014, avait déjà fait l'objet de neuf condamnations pénales qui se sont apparemment révélées vaines. Mais leur inefficacité devait plutôt plaider pour un renforcement de ces sanctions pénales, plutôt que pour une translation de compétences au profit de l'administration.

Mais il faudrait, pour que la police administrative ne se substitue pas à la répression pénale, que la notion d'*ordre public général local* soit bien distinguée de la notion d'*ordre public pénal*, essentiellement national, et que les buts de chaque police, administrative ou judiciaire, soient clairement identifiés. Et même au sein de la seule police administrative, il faudrait que la police municipale ne se trouve pas investie d'une compétence qui aurait dû ne relever que de la police administrative générale, nationale ou de la police législative, puisque l'activité interdite dans l'affaire « du lancer de nain » devait l'être sans égard aux circonstances locales, ce qui plaiderait bien en faveur du caractère national de la question. Car quel sens aurait eu l'interdiction par le maire de Morsang-sur-Orge si la « performance » avait pu se dérouler ensuite à Savigny-sur-Orge, puis à Epinay-sur-Orge, ensuite à Villiers-sur-Orge ou encore à Saint-Michel-sur-Orge, faute pour les maires de ces communes d'avoir pris chacun à leur tour un arrêté d'interdiction, comme tout autre maire du territoire national, ce qui imposerait de suivre le nain, dans sa tournée, de commune en commune ! Fallait-il que tous et chacun des maires de toutes nos communes prennent à titre de précaution le même arrêté, alors qu'il eût été plus expédient et non moins respectueux des droits des intéressés que l'interdiction fût décidée par un acte de la police administrative nationale, c'est-à-dire par décret du Premier ministre, ou si ses pouvoirs ne suffisaient pas (ce qui serait étonnant puisqu'un maire peut le décider par simple arrêté municipal, mais c'est un paradoxe connu de l'ordre public selon lequel il peut demander plus localement que nationalement à la liberté...), dès lors que les circonstances locales étaient jugées indifférentes et inopérantes dans un sens ou un autre.

On mesure ainsi, par ce seul exemple, combien l'ordre public, notion fort classique, est néanmoins une notion protéiforme et très vivante. Dépourvue quelquefois de tout fondement législatif, elle fait proliférer ses formes de façon éventuellement inattendue. Pour autant, elles ne sont pas toutes admissibles sans conditions. Et l'on mesure combien peut s'avérer difficile l'articulation harmonieuse, judicieuse, et rationnelle des diverses formes et catégories incluses dans celle, globalisante, d'ordre public en général.

## **2. - L'ordre public est une notion éminemment singulière également quant à ses sources**

On ne voit guère d'autres catégories juridiques qui puiseraient à autant de sources juridiques de natures différentes. En effet, les sources de l'ordre public peuvent être écrites ou non écrites et, en ce dernier cas, jurisprudentielles ou doctrinales, tout en pouvant quelquefois présenter tous ces caractères à la fois.





Ainsi en va-t-il, par exemple, de l'ordre public de l'article 6 du code civil : le principe selon lequel les conventions ne peuvent pas déroger à l'ordre public est évidemment posé par la loi ; cependant, comme celle-ci ne le définit pas dans son contenu mais seulement dans son effet, c'est au juge qu'il revient de dire en quoi il consiste concrètement, tandis que la doctrine s'assigne pour tâche de gloser et de contribuer ainsi à la formation de cet aspect du droit. Mais le juge peut aussi décider, *ex officio* et donc sans aucun texte, de ce que telle exigence est d'ordre public, par exemple en matière de contrat public ou en matière de procédure contentieuse. Mais naturellement le législateur est dans son rôle en déterminant lui-même ces exigences.

Il nous appartient ici de tenter d'expliquer les raisons pour lesquelles autant de sources de droit différentes se partagent – voire se disputent – la compétence pour déterminer ce qui est d'ordre public ou ne l'est pas.

En première approche, il est possible de faire valoir que la grande diversité des sources s'explique par la grande diversité de ses éléments constitutifs, tandis que cette dernière s'explique elle-même par la fonction de l'ordre public, qu'il soit considéré globalement ou dans chacune de ses particularités. Car cette fonction consiste à devoir parer à tout pour garantir l'essentiel : elle impose de se prémunir contre toute éventualité, qui pourrait survenir impromptue ou qui pourrait le compromettre dans la durée. Elle consiste encore à assurer toutes les conditions nécessaires à la réalisation de ce qui est tenu pour fondamental. L'ordre public sert à prémunir l'ordre politique, juridique, social, économique, etc., contre tout risque possible et tenu pour grave aux yeux d'une société pétrie de valeurs évolutives et, à l'heure actuelle, obsédée de sécurité et de précaution (ce qui ne l'accuse pas nécessairement car l'insécurité est en effet considérable et la prudence de mise). Mais il sert encore, plus positivement, à imposer à cet ordre toutes les évolutions propres à satisfaire les demandes sociales les plus âpres et les plus nécessaires.

Et comme les éléments constitutifs de l'ordre public sont très divers, chacun d'entre eux comporte des exigences très variables à l'égard des droits et des libertés : certaines de ces exigences peuvent s'imposer sans texte, c'est-à-dire en vertu d'un *ordre public général* qui se caractérise précisément par le fait qu'il n'est pas écrit, car l'équation d'ordre public peut se résoudre assez aisément et légitimement sans habilitation formelle de l'auteur de l'acte.

Ainsi, si l'exigence d'ordre est estimée peu contraignante tout en étant absolument incontestable dans sa légitimité ou dans sa nécessité, sans emporter d'importantes restrictions à des droits ou à des libertés peu considérables, cette équation d'ordre public peut être résolue sans texte particulier qui autoriserait formellement l'autorité à agir ; ce peut être encore le cas, même lorsqu'est importante la restriction des droits ou des libertés, pourvu que l'impératif d'ordre public soit lui-même tout à fait considérable, incontestable et immédiatement nécessaire. En revanche, lorsque l'équation ne se présente pas de cette façon, parce que la restriction des droits ou des libertés s'avère bien plus sévère, alors que l'intérêt social qui s'attache à l'exigence d'ordre ne paraît pas si vital ou immédiat,



l'autorité compétente pour agir doit être investie au fond de ses pouvoirs par un texte spécifique, texte législatif ou simplement réglementaire, mais plus élevé dans la hiérarchie que ceux que peut édicter l'autorité qu'il habilite.

Néanmoins, au fond des choses, il semble que les sources fondamentales de l'ordre public ne puissent être ultimement que non écrites. Diverses raisons l'imposent, tirées d'abord du contenu ou de la substance de l'ordre public : l'ordre public entend donc prescrire l'essentiel ; or l'essentiel doit pouvoir être imposé *quoi qu'il arrive, en toute hypothèse, en tout état de cause*, etc. Et les causes qui peuvent le compromettre ne sont pas toujours prévues ni aisément prévisibles : il n'est donc pas toujours écrit par avance. Pire encore : il entend même ne pas l'être complètement, pour ne pas être lié et pouvoir faire face à toute éventualité.

De sorte que, même dans notre État légal, l'ordre public, pour remplir sa fonction impérative, ne s'épuise pas dans son écriture, ni ne se lie par elle, comme en témoignent les nombreux cas où il n'est pas autrement défini par les textes et où il peut prévaloir contre eux : ainsi, par exemple, les règles du concours de polices peuvent admettre que soit écarté le principe de l'exclusivité des polices spéciales ou des ordres publics spéciaux lorsqu'ils ne satisferaient pas aux exigences de l'ordre public général, qui reste fondamentalement non écrit.

Une autre raison déterminante tient à ce que, même lorsque l'ordre public ou ses exigences sont définis par un texte, celui-ci est susceptible de recours, lequel va exiger que la légalité du texte soit appréciée au regard d'une norme supérieure : s'il s'agit d'un décret d'application, il pourra être confronté à la loi qu'il devait appliquer et respecter, laquelle aura alors la maîtrise provisoire du contenu de cet ordre public spécial ; mais s'il s'agit d'un décret autonome pris dans le champ de l'article 37 de la Constitution ou sur la base des pouvoirs de police générale du Premier ministre, comme cela s'avère possible même depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 qui ne l'avait pas prévu, c'est le juge qui décidera de ce que peut comporter cet ordre public que, par hypothèse, aucune loi n'a défini dans ce champ. Et le juge ne disposera alors d'aucun texte très précis sur lequel s'appuyer. Il devra donc interpréter la Constitution. Il en va de même lorsque c'est la loi elle-même qui se trouve contestée. La Constitution ne comporte formellement que peu de dispositions relatives à l'ordre public.

À la vérité, il n'y qu'un seul article qui évoque formellement l'ordre public : l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 relatif à la liberté d'opinion<sup>287</sup> ; mais, au lieu d'indiquer en quoi il consiste, la formule qu'utilise cette disposition se borne à renvoyer à « *l'ordre public établi par la loi* ». Si bien que cet article 10 procède finalement comme les articles 4, 5, 7, 8 et 11 qui se réfèrent tous à la loi pour la détermination des restrictions imposées aux droits et libertés consacrés par ces textes, comme pour la détermination des limites imposées à ces restrictions. Dans ces conditions, c'est seulement le juge de la constitutionnalité qui, en définitive, fixe le contenu de l'ordre public.

---

287 « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ».



Une dernière raison, plus décisive encore, explique que l'ordre public soit fondamentalement non écrit, et que le juge et la doctrine puissent – et doivent même – contribuer à la détermination de ses exigences. Car la question du contenu de l'ordre public est d'abord une question de sens, lequel devrait constituer le champ de réflexion privilégié de cette doctrine, sans pour autant évidemment échapper au juge. Mais le rôle qu'il convient de lui reconnaître à ce sujet exige d'abord de bien identifier, non pas ce que l'on dénomme comme étant « le juge » qui est aisément identifiable, mais ce que l'on doit appeler « la doctrine » : ce mot ne doit pas s'entendre ici comme désignant exclusivement les auteurs – en général universitaires – qui discutent sur le droit : il doit correspondre non à un ensemble organique de personnes, mais à cette *fonction* qu'exercent – ou à laquelle contribuent également depuis plusieurs siècles – bien d'autres organes, chacun à leur place : moins les juridictions que leurs membres, moins les formations de jugement que leurs rapporteurs ou avocats généraux, moins les décisions juridictionnelles que les commentateurs de leurs arrêts ; mais aussi les praticiens, les politiques, les élus, les intellectuels de toutes disciplines et tous ceux qui s'efforcent de comprendre et d'expliquer nos institutions et, le cas échéant, de les interpréter dans un sens qui éventuellement se discute ou se combat, mais dont les vues peuvent aussi confluer.

Et puisqu'il s'agit en fin de compte de savoir ce que veut notre démocratie, ne pourrait-on pas y ajouter aussi l'opinion publique ? Car, ce faisant, tous travaillent à produire, selon ce processus que l'on peut appeler la « jurislogie », des énoncés qui, le cas échéant et pour les plus juridiquement élaborés, formalisent et structurent ce sens en principes non écrits, voire en règles organisées rationnellement, ce qui, à ce niveau de généralité et d'abstraction, ne relève pas directement de l'office du juge lui-même, lequel cependant ratifie ou non la pertinence des implications de ces énoncés. Alors le mot de « doctrine » prend un autre sens : celui qu'il revêt dans l'expression « doctrine du droit public français » ou plus généralement « corps de doctrine ». Le mot désigne alors un fond, une substance fondamentale, faite de tout un ensemble de notions, de concepts et de représentations articulés les uns aux autres et mettant en jeu la liberté, la loi, la démocratie, l'égalité, l'État, la République, etc. C'est cet ensemble – sans doute informel et disparate à certains égards – qui constitue cette matière substantielle non écrite et essentiellement nécessaire à l'existence réelle comme à l'application pratique d'un droit formel, par-delà ses abstractions, ses lacunes, ses faiblesses, ses indéterminations ou ses contradictions ; car c'est ce fond qui, en dépit de ces imperfections plus ou moins inévitables, lui permet d'être effectivement opératoire pour accomplir son sens.

Deux données de fait et de droit ont accentué en France le rôle de cette doctrine du droit, de cette « jurislogie » qui est assez spécifique à notre pays, car les textes jouent ailleurs, par exemple en Allemagne, un rôle bien plus déterminant et exhaustif pour caractériser l'ordre public.

Rappelons d'abord que le Conseil d'État a dû, pendant très longtemps et de nos jours encore, œuvrer avec art pour imposer à l'administration le respect d'un principe de légalité qui, bien paradoxalement, n'a renvoyé pendant très longtemps à presque aucune loi en matière administrative, et auquel le juge a donc dû lui-



même donner corps. À cette fin, il s'est tout naturellement fondé sur un tel *corpus* doctrinal en voie d'élaboration, de plus en plus abouti à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Un exemple d'une de ces facettes si nombreuses de ce corps de doctrine peut être trouvé dans les conclusions du commissaire du Gouvernement Corneille relatives à l'arrêt *Baldy* de 1917<sup>288</sup>, énoncées en ces termes – certes maintenant galvaudés mais néanmoins lumineux et définitifs – selon lesquels « *le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble des libertés des citoyens, (...) la Déclaration des droits de l'homme est, implicitement ou explicitement, au frontispice des constitutions républicaines, (...) toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle et la restriction de police l'exception* ».

De même, le Conseil constitutionnel s'est mis en devoir d'imposer au législateur le respect d'un principe de constitutionnalité et donc de contrôler la constitutionnalité des lois au fond, alors que la Constitution n'avait pas été conçue en vue de permettre un tel contrôle. Il en est résulté la nécessité, pour lui, d'appeler la production d'un *corpus* normatif propre à fonder ses décisions, élaboré selon une problématique similaire à celle qui s'est établie devant le Conseil d'État, à cette importante différence près qu'il a commencé le processus en ajoutant à la Constitution, en 1971, avec la décision *Liberté d'association*<sup>289</sup>, les dix-sept articles de la Déclaration de 1789 et les quinze premiers alinéas du Préambule de 1946 ! Et, à partir de là, l'ordre public a pu devenir une norme de niveau constitutionnel, mais pratiquement non écrite, comme l'ensemble de ce que l'on peut appeler cette « constitution intellectuelle », laquelle, dans les méandres de la « jurisgénésie », constitue la source des sources qui donne sens à la constitution formelle, laquelle, à défaut de ce *corpus* fondamental, serait bien démunie.

### **3. - La notion d'ordre public s'avère éminemment singulière au regard de son contenu**

On peut présenter le contenu de l'ordre public comme l'ensemble des buts ou des objectifs que visent les actes qu'on lui impute. Le mot « composante » peut aussi être admis ici comme l'équivalent du mot « élément » ou comme « contenu ».

On pourrait s'étonner que la question du contenu de l'ordre public ne vienne qu'à ce troisième rang de toutes les interrogations importantes qu'il suscite, car pendant très longtemps, et encore aujourd'hui, une certaine doctrine – administrativiste pour l'essentiel – a cherché à définir l'ordre public par son contenu ou par la liste des buts qu'il permet de viser. C'est là, en effet, l'approche la plus facile et la plus immédiatement utile en pratique quand il s'agit de savoir quels sont exactement les pouvoirs que l'ordre public permet d'exercer au fond. Et cette doctrine s'est le plus souvent contentée de soutenir que l'ordre public se définit par ces trois buts (ou éléments) que sont la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques.

En réalité, cette façon de faire s'avère tout à fait impropre à définir l'ordre public, au moins en tant que catégorie globale rassemblant toutes ses applications

288 CE, 10 août 1917, *Sieur Baldy*, n° 59855.

289 CC, décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.



ou manifestations particulières. Car ces dernières visent une infinité de buts possibles, comme la sécurité nationale, la protection des travailleurs, la loyauté de la concurrence, la protection de l'environnement, la conservation du patrimoine artistique ou culturel, l'esthétique des bâtiments et des villes, la protection de la jeunesse, le bon déroulement des procédures contentieuses, l'honneur et la considération des personnes, la garantie ou la réalisation de certains droits et, d'une façon générale, toutes les conditions impératives du « vivre-ensemble » qui s'affirment si nombreuses.

Et même si l'on se contente de ne penser qu'à l'ordre public général *local*, il apparaît clairement que la fameuse trilogie reste encore insuffisante pour caractériser l'ordre public, puisque parmi les buts que peuvent viser les autorités de police générale locale (maires et préfets) on trouve encore, désormais, la dignité de la personne, mais aussi, depuis longtemps, la moralité publique, le bon ordre, la commodité du passage ou de la circulation, l'esthétique, la fidélité du débit, le ravitaillement des personnes, la lutte contre les hausses des prix qui menacent ce ravitaillement, l'agrément des piétons et la sûreté générale – du moins pour les mesures prises en application des mesures de police générale nationale adoptées en raison de données locales.

À cela, il faut ajouter que l'ordre public de la police administrative générale peut aussi répondre à l'ensemble des buts que, sur la base de ses pouvoirs propres, peut en ce domaine viser l'autorité décrétales, et qui sont proprement indéfinis *a priori*. Il faut encore évoquer tous les buts que les polices spéciales sont habilitées à viser, au titre des ordres publics spéciaux établis par la loi, et qui sont eux aussi indéfinis, car on en dénombre des centaines, voire davantage. Et puis l'ordre public n'est pas constitué que des ordres publics administratifs : s'y ajoutent l'ordre public pénal, l'ordre public des contrats administratifs ou de droit privé, et les ordres publics de toutes les branches du droit civil, l'ordre public français au sens du droit international privé, l'ordre public procédural, l'ordre public au sens du droit international, au sens de la Convention européenne des droits de l'homme ou du droit de l'Union européenne, qui peuvent se servir d'autres mots, etc.

Pour se représenter l'*infinie variété de l'ordre public*, il faut en outre tenir compte non seulement de la liste des buts légalement admissibles au titre de l'ordre public en général, mais aussi des diverses conditions dans lesquelles tous ces éléments de l'ordre public sont mis en œuvre. Leur imposition n'est jamais abstraite, générale et inconditionnelle : les autorités doivent toujours tenir compte, sous le contrôle du juge, des circonstances exactes dans lesquelles ces exigences peuvent légalement se manifester.

On doit donc faire valoir que l'ordre public, d'une façon générale, et plus spécifiquement encore l'ordre public de la police administrative, se présente quant à son contenu d'une manière *circonstancielle et relative*. En effet, les exigences précises et concrètes de l'ordre public se déterminent, en principe, en fonction des circonstances de temps et de lieux au regard desquelles les invoquent les autorités compétentes, qui doivent en outre procéder à des appréciations fort délicates sous l'empire du principe de proportionnalité.



Au total, si l'on tient compte de tous ces facteurs, le contenu de l'ordre public en général apparaît essentiellement variable, pratiquement indéterminé à l'avance et potentiellement inépuisable. On ne saurait donc le définir par son contenu : il est donc impératif de trouver un autre principe de définition.

Il ne faut cependant pas forcer le trait de cette relative indétermination, qui pourrait conduire à penser – au moins chez les esprits les moins informés – que l'ordre public est l'instrument de l'arbitraire : une bonne connaissance de la jurisprudence permet de prévoir, avec un taux raisonnable d'incertitude, ce qui sera jugé conforme ou contraire aux exigences de l'ordre public.

Il reste que les sources règlementaires, législatives ou non écrites peuvent innover relativement en intégrant dans l'ordre public des éléments qui ne s'y rencontraient pas antérieurement, comme le montre l'exemple de la dignité de la personne humaine, laquelle se trouve donc incluse dans l'ordre public général. Mais il peut aussi se produire des restrictions de contenu, comme par exemple en matière de moralité ou de contrôle des prix. À l'inverse, cependant, prolifèrent également en matière administrative des formes particulières de l'ordre public qui constituent autant d'*ordres publics spéciaux*, lesquels peuvent soit approfondir les objectifs de l'ordre public général et renforcer les contraintes qu'ils impliquent, soit en créer de nouveaux imposant d'autres restrictions aux droits et libertés. Quelquefois, ils renforcent aussi les garanties par rapport aux mesures de police générale.

En outre, des incertitudes subsistent et semblent s'aggraver non pas tant sur la question de savoir quels sont les buts possibles de l'ordre public en général, mais ceux des diverses formes de polices mises à son service. Ainsi, il n'est pas toujours aisé de déterminer ce qui relève de la police administrative générale ou des polices spéciales, ou de savoir quel ordre public spécial concurrent d'un autre doit prévaloir (par exemple, l'ordre public économique peut entrer en conflit avec l'ordre public social ou inversement).

De même, les ordres publics administratifs peuvent entrer en concurrence avec tel ordre public judiciaire, pénal en particulier. Ainsi se pose la question de la répartition des compétences entre la police administrative et la police judiciaire qui prépare la répression pénale des infractions. Plus particulièrement, la question est de savoir si la police administrative peut tendre à prévenir les infractions pénales. Sur ce point, une confusion s'est établie depuis longtemps, qui trouve aujourd'hui des raisons de s'aggraver.

La cause initiale de la confusion tient à ce que la question a été abordée et tranchée au regard de la dualité prévention/répression appliquée soit à la matière des infractions pénales, soit à celle des désordres publics, mais sans que cette dualité d'objets soit bien posée comme déterminante au regard de la distinction des polices. Ainsi, sous prétexte que la police judiciaire est chargée sinon de réprimer du moins de préparer la répression par le juge des infractions pénales, un raisonnement alternatif un peu simpliste a voulu comprendre que si la police judiciaire est ainsi répressive, la police administrative ne peut être que préventive par rapport à ces infractions et peut donc s'attacher à en prévenir ou à



en empêcher la commission. Cette vue, bien que confirmée par certaines formules jurisprudentielles, est cependant erronée. Elle est aussi dangereuse au regard de la distinction entre le régime préventif et le régime répressif, car alors le régime répressif des libertés, qui leur est plus favorable, se trouve comme doublé et quasi neutralisé par ce qui deviendrait un recours au régime préventif.

En effet, l'autorité administrative n'est pas juge des infractions. Elle n'a compétence ni pour les qualifier comme telles sur le plan pénal, ni pour les sanctionner, ni pour les prévenir en tant que telles. Et il en va de même du juge administratif (sauf en matière, traditionnelle jusque-là, de répression des contraventions dites « de grande voirie »). Néanmoins, les forces ou agents de police ont une double compétence, une compétence de police administrative et une compétence de police judiciaire selon ce qui motive leur action, et peuvent ainsi passer de l'une à l'autre fonction en un instant. Entreprise en dehors de toute infraction, leur action est administrative, mais dès qu'elle est ordonnée au regard d'une infraction pénale – qu'il s'agisse de la constater, d'en rassembler les preuves ou simplement de la supputer et d'agir en conséquence, ou même de la prévenir par tous les moyens que permet le code de procédure pénale –, leur action est répressive.

Mais les autorités de police administrative elles-mêmes n'ordonnent leur activité qu'autour des troubles à l'ordre public, comme catégorie autonome, dont les éléments factuels qui la composent peuvent néanmoins, de fait, coïncider avec une catégorie pénale constitutive d'infraction. La police administrative agissant sur la base de l'ordre public administratif ne doit pas s'intéresser aux infractions en tant que telles, mais simplement en tant qu'elles peuvent constituer par ailleurs des troubles à l'ordre public administratif. Or nombre d'infractions sont constitutives en même temps de troubles à l'ordre public – au sens administratif de la locution –, et réciproquement, nombre de troubles à l'ordre public administratif sont constitutifs d'infractions. C'est pourquoi, l'on ne peut ni ne doit assimiler les deux catégories, celle des *infractions* et celle des *troubles* à l'ordre public.

Une autre raison tend à la confusion : en même temps que la police administrative marque une propension à suppléer le régime répressif lorsqu'il est pratiquement défaillant ou inefficace, la police judiciaire, qui dispose traditionnellement de bien plus de pouvoirs d'investigation et d'action que la police administrative, tend à remonter le plus possible son action en amont du processus de préparation des infractions, surtout en matière de terrorisme, pour obtenir du législateur qu'il incrimine pénalement de plus en plus ces faits initiaux, afin de pouvoir être saisie le plus tôt possible et d'en mieux empêcher la commission. Mais en même temps les forces ou agents de police administrative, pour l'accomplissement de cette dernière, revendiquent et obtiennent de plus en plus de pouvoirs, spécialement en matière de renseignements. Et cette situation est pire lorsque l'état d'urgence est en vigueur.

Dans cet effet de cisaille que produit le croisement des ordres publics administratif et pénal, comme des pouvoirs qu'ils autorisent, les droits et les libertés se trouvent rudement exposés, au moins pour certaines catégories de la population.



Pour conclure sur la question du contenu de l'ordre public au regard des droits et des libertés, *l'évolution de l'ordre public* laisse un sentiment assez déplaisant si l'on se borne à la considérer pour elle-même. Car tout laisse à penser que son amplification n'aurait pas de limite, comme si la consistance de l'ordre public n'avait à répondre à aucune essence particulière, qui serait à la fois prédéterminée et normative.

En réalité, si l'on considère la source ultime originaire ou fondamentale de l'ordre public qu'est la Constitution, on comprend que son esprit général ne permet pas à l'ordre public de tout exiger – à condition que le juge soit vigilant à cet égard. L'ordre public se heurte bien à des limites, qui résultent de sa fonction et de son sens. Mais ces limites s'expriment déjà par l'adjectif qui qualifie ledit ordre public, pour peu que l'on veuille bien y prêter attention. En effet cet ordre est dit « public », et cela implique qu'il peut exister d'autres façons « non publiques » d'assurer normalement le respect de l'ordre juridique dans son ensemble, spécialement privées. Ainsi, le seul adjectif « public » implique bien, selon un principe de subsidiarité implicite, que toutes les règles de cet ordre ne sont pas et ne doivent pas être d'ordre public, et que le recours à l'ordre public n'intervienne qu'à défaut d'efficacité ou d'inopportunité des autres règles et voies de droit. Ces données imposent donc d'examiner la question de la fonction et du sens de l'ordre public, mais aussi, préalablement, celle du rang normatif de l'ordre public puis celle de ses effets normatifs.

#### **4. - L'ordre public est une notion singulière quant au rang normatif de ses exigences**

Il est rare que des normes relevant d'une même catégorie juridique s'inscrivent également à tous les niveaux de la hiérarchie normative. C'est cependant le cas de l'ordre public lorsqu'on le considère globalement, c'est-à-dire en tant que catégorie conceptuelle unitive de toutes les formes plus particulières qu'il présente.

Ainsi, traditionnellement, les exigences de l'ordre public général local ont été imposées et définies dans leur teneur exacte et précise par la voie de simples règlements de police générale édictés par le maire. Ce dernier, en cette matière de police municipale et donc d'ordre public général, est bien compétent par l'effet d'une loi ; mais celle-ci ne joue qu'un rôle modeste quant à la détermination des exigences de l'ordre public. On peut soutenir que la loi est illustrative de ce que l'autorité de police locale peut entreprendre, car l'essentiel se tient dans la jurisprudence exclusivement judiciaire à l'origine en vertu d'une disposition du code pénal (ancien) avec l'article 471-15<sup>290</sup>, puis dans la jurisprudence du juge administratif lorsque n'a plus été opposée à sa compétence l'exception de ce « recours parallèle » tiré de la compétence judiciaire.

---

290 Ces règles ont été posées par le code pénal de 1810, lequel a été modifié par la loi du 28 avril 1832 qui a ajouté au code pénal un article 471, dont le paragraphe 15, en sa dernière rédaction (jusqu'à son abrogation au 1<sup>er</sup> mars 1994) punit « *Ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative, et ceux qui ne se seront pas conformés aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité municipale* ». Le contrôle juridictionnel par le juge judiciaire tendait ainsi à vérifier, par exception d'illégalité, que l'acte de police sur la base duquel étaient fondées les poursuites portait bien sur l'un des « *objets (...) confiés à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux* » définis par la loi du 24 août 1790 (Titre XI), sinon les poursuites n'avaient plus de fondement.





Mais, depuis que s'est affirmée la jurisprudence *Labonne* en 1919<sup>291</sup>, le pouvoir décrétoal autonome peut lui aussi agir, sans aucune autre sorte d'habilitation, au nom de l'ordre public général. Or, à ce niveau hiérarchique, l'étendue de ses exigences s'avère plus vaste qu'au niveau local, sous le contrôle du juge qui généralement ratifie ces extensions lorsqu'il estime que tel impératif peut s'imposer à la liberté sans autre forme de procès.

Mais, naturellement, l'autorité décrétoale peut aussi s'appuyer sur une loi d'habilitation – toujours sous le contrôle du juge. Et cette loi pourra être examinée au regard de normes supranationales ou, selon le cas, constitutionnelles. Et ces niveaux normatifs peuvent comporter des dispositions opposables à la loi ou, au contraire, susceptibles de fonder sa constitutionnalité.

Toutes ces observations témoignent de ce que l'ordre public est capable d'inscrire ses exigences à tous les niveaux de la hiérarchie normative. La question est de savoir ce que cela signifie et pourquoi il en est ainsi.

L'explication semble devoir se trouver dans le fait que l'ordre public, sous ses diverses formes, est une *norme impérative*, comme on va le faire valoir. Elle doit donc à la fois absolument prévaloir contre toutes normes, droits, libertés, dispositions et situations contraires, et en même temps habiliter toute autorité adéquate à l'invoquer à cet effet. Et comme toutes ces normes contraires s'inscrivent à tous les rangs de la hiérarchie normative, l'ordre public est lui aussi présent à tous les rangs de la hiérarchie normative : il est partout où ses exigences doivent pouvoir s'imposer.

On aurait pu penser que l'ordre public aurait pu ou dû s'accrocher à un rang immédiatement supérieur à la norme qu'il met en échec. Mais l'ordre public n'a pas imposé ses exigences selon les schémas de la hiérarchie kelsénienne<sup>292</sup> (cette dernière n'étant d'ailleurs nullement normative, contrairement à ce que croient certains de ceux qui l'invoquent innocemment).

Ainsi l'ordre public est dans la Constitution, qui proclame par ailleurs la liberté ou tel droit, qu'il peut contrarier. De même l'ordre public se tient dans la loi, qui a posé la force obligatoire des contrats, qu'il peut contrer. Ou encore l'ordre public est dans la convention internationale, qui proclame le droit ou la liberté, qu'il vient restreindre. Plus extraordinaire – car la hiérarchie semble alors s'inverser –, l'ordre public est dans le règlement local de police qui vient limiter une liberté ou un droit de rang supérieur, législatif le cas échéant – comme l'admet la jurisprudence *Benjamin* de 1933<sup>293</sup>.

Il y a, à ces phénomènes, qui ne nous étonnaient pas naguère lorsque nous n'étions pas pénétrés de la représentation hiérarchique formelle des normes juridiques, une raison fondamentale qu'il faut bien saisir.

---

291 CE, 8 août 1919, *Labonne*, n° 56377 (existence d'un pouvoir réglementaire de police au plan national).

292 Hans Kelsen (1881-1973), juriste austro-américain ayant systématisé le principe de la hiérarchie des normes.

293 CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, n°s 17413 17520.



L'ordre public porte des *exigences* qui ne doivent pas se comprendre comme s'opposant à d'autres qui garantiraient des libertés et des droits. Il n'est pas une norme hétéronome<sup>294</sup> à ces dernières. Pour dire les choses plus brutalement : l'ordre public n'est pas le contraire des droits et des libertés. Il en est, par essence, un élément constitutif qui permet de les définir, car les droits et les libertés ne sont que des valeurs relatives s'imposant dans un tissu de contingences. Cela pose la question, encore une fois, de la *fonction* et du *sens* de l'ordre public, mais d'abord de sa *portée normative*.

##### **5. - L'ordre public est une notion éminemment singulière quant à la question de sa portée normative, laquelle se résout de manière assez complexe et quelquefois inattendue**

On pourrait penser, en première réflexion, que l'ordre public présente la portée des normes formelles qui en expriment les exigences. Mais, intuitivement au moins, on est conduit à penser que ce ne devrait pas être possible lorsque l'on constate que les restrictions que l'ordre public impose aux droits et libertés prévalent sur ces derniers, alors qu'elles sont posées par une norme de même rang que celle exprimant les exigences de l'ordre public : si l'ordre public s'impose aux droits et libertés, il devrait pouvoir se prévaloir d'une portée normative formelle supérieure à ces derniers.

Pendant, contrairement aux présupposés que l'on pourrait déduire du hiérarchisme normativiste, il n'en va pas exactement ainsi : quel que soit le rang hiérarchique auquel il s'est accroché (et dont on sait qu'il peut être très variable), l'ordre public présente une portée supérieure à la norme formelle qui en exprime les *exigences*, dans la mesure où ces dernières peuvent contrer les droits ou les libertés que cette norme proclame et garantit par ailleurs, alors pourtant qu'elle est de même rang formel.

Pour bien comprendre cette singularité qui, selon la façon formelle de se représenter le droit, pourrait sembler constituer une anomalie, il faut précisément cesser de raisonner en termes de hiérarchie formelle : il faut pour un temps se déprendre du réflexe normativiste qui ne pense la hiérarchie normative qu'en termes formels ; il faut accéder à l'idée d'une hiérarchie substantielle, laquelle ne dépend plus tant du rang formel de la norme, mais de son contenu, de sa substance, de ce qu'elle veut imposer, en un mot de son importance matérielle ou axiologique.

Ainsi, au sein du même rang normatif formel, celui de la loi ou de la Constitution par exemple, on peut distinguer plusieurs portées normatives différentes : la portée de principe correspond à la portée formelle de la norme déterminée par son rang hiérarchique, tandis que l'ordre public présente, au sein du même rang formel, une portée normative spécifique, que l'on peut exprimer par l'idée et le mot d'*impérativité*, lequel implique bien que l'exigence d'ordre public devra en toute hypothèse prévaloir, du moins relativement, eu égard à l'exigence de proportionnalité.

---

294 Qui reçoit sa loi du dehors, au lieu de la tirer de soi-même.



On peut donc dire encore que l'ordre public exprime un « *impératif catégorique* »<sup>295</sup>, au moins dans son principe sinon dans sa mise en œuvre qui est plus circonstancielle, relative ou proportionnelle. Il constitue une *norme de nécessité* adaptée à la réalité. En tant qu'elle exprime une nécessité, elle pourrait être qualifiée d'exigence surnormative, mais un tel mot inciterait à renouer avec la vision hiérarchique et son formalisme. Il faut donc maintenir l'idée d'impérativité substantielle.

Mais cette notion d'impérativité doit être, à la fois, illustrée et mesurée.

L'ordre public rassemble donc un faisceau d'exigences qui doivent impérativement prévaloir. Pour cela, l'ordre public est capable de conférer une habilitation de fond aux autorités qui ont compétence légale à cet effet, sans avoir explicitement reçu de la loi les pouvoirs de fond nécessaires à sa mise en œuvre. Plus remarquablement, l'ordre public peut conférer compétence à une autorité qui n'avait reçu aucun titre de compétence de la part de la loi ou de la Constitution, comme on l'a aperçu en considérant la jurisprudence *Labonne*.

L'ordre public peut ainsi agir *secundum legem*, mais aussi *praeter legem*, voire même *contra legem*. La première figure correspond à la mise en œuvre des ordres publics spéciaux, en ce qu'ils sont précisément institués par la loi ; la seconde à l'ordre public administratif général de la police, à l'ordre public des contrats administratifs, à l'ordre public de l'article 6 du code civil, ou à l'ordre public français selon le droit international privé ; la troisième figure correspond à l'ordre public des circonstances exceptionnelles. Mais ce serait une erreur de limiter l'hypothèse de la portée normative *contra legem* à ce seul cas : on a rappelé que l'ordre public ne se lie pas par son écriture ; un texte peut avoir posé les conditions de la mise en œuvre de tel impératif d'ordre public, mais si une situation se présente qui n'était pas prévue par les textes et qui néanmoins imposerait absolument telle intervention non envisagée formellement, celle-ci pourrait parfaitement être ratifiée par le juge, même *contra legem*.

Par rapport aux droits et aux libertés proclamés par les textes, l'ordre public se présente donc comme un *faisceau d'exigences* qui permettent, le cas échéant, de *déroger* à ces droits – au moins apparemment – si l'on se donne une représentation trop absolue de ces droits, car il s'agit moins de dérogation que de délimitation et donc de définition ; mais la nature ou la forme de la dérogation peut affirmer certaines spécificités selon la catégorie d'ordre public dont il s'agit : ordre public de protection ou ordre public de direction, ordre public du droit du travail et des conventions collectives ou ordre public économique, etc. En principe, l'ordre public est une norme à la fois dérogoire et indérogeable ; mais, en réalité, il peut être admis des dérogations mélioratives lorsque l'ordre public, spécialement social, pose un standard en dessous duquel il ne faut pas descendre pour la protection des salariés, mais au-delà duquel il est admissible d'aller afin de mieux protéger les intéressés par convention, dérogeant donc au standard de l'ordre public mais en le dépassant. En sachant toutefois qu'un ordre public peut s'imposer à un autre.

---

295 Au sens que lui donne Emmanuel Kant (1724-1804) de *loi morale* dont toutes les maximes sont universelles et inconditionnelles.



Il reste, sur le point qui nous occupe, une question. L'ordre public oblige bien les droits et les libertés, mais peut-il les servir ?

La réponse est doublement positive, sous une réserve importante : l'ordre public peut parfaitement tendre à garantir directement tel ou tel droit ou liberté (pour illustrer cette possibilité on peut, par exemple, mentionner l'hypothèse de l'affaire *Benjamin*) ; et d'ailleurs même lorsqu'il limite les droits et les libertés, l'ordre public sert en réalité à les garantir – comme on va le montrer ci-après. En outre, il existe un certain « droit à l'ordre public », comme l'atteste notamment la jurisprudence administrative relative aux carences de l'autorité de police, car elle permet de sanctionner, sur le plan de la légalité<sup>296</sup> ou de la responsabilité<sup>297</sup>, des refus ou des négligences à agir, au moins sous certaines conditions.

Mais, au niveau constitutionnel, l'ordre public n'est qu'un « objectif » et permet au législateur, en tant qu'« objectif de valeur constitutionnelle », de le viser en emportant telle ou telle restriction aux droits et libertés, sans cependant ouvrir aux justiciables un droit à obtenir du législateur qu'il veuille bien le servir : il n'existe pas de recours en carence du législateur semblable au recours en carence de l'autorité administrative ; cependant le grief d'« incompétence négative », lorsqu'une loi a été édictée et n'a pas précisé tout ce qui relevait de la compétence du législateur et qui aurait pu mieux garantir ces droits, peut répondre indirectement à ce droit. Il en va de même lorsqu'une loi nouvelle ne respecte pas les garanties légales entourant un droit constitutionnel.

En dépit de cette réserve, on doit souligner qu'au niveau constitutionnel, les justiciables n'ont pas un droit à l'ordre public ; ce qui ne correspond pas exactement aux prévisions, certes un peu restrictives, que l'on pourrait tirer de l'article 28 de la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>298</sup>.

## **6. - L'ordre public est une notion singulière au regard de son existence, de sa fonction et de son sens**

L'ordre public ne paraissant pas présenter de contenu déterminé, nous savons qu'il n'est pas envisageable – contrairement à ce que nous sommes spontanément portés à faire – de définir l'ordre public par son contenu. Il convient donc de le définir par des données plus fondamentales, qui d'ailleurs sont de nature à permettre, dans un second temps, la détermination de son contenu.

Ces données fondamentales s'attachent à son existence, à sa fonction et à son sens.

**a)** Pour ce qui concerne son *existence*, l'ordre public peut se définir de la manière suivante : l'ordre public est une norme générale et abstraite dans son principe qui, sous cette forme générale et abstraite, ne peut être exhaustivement définie nulle part dans l'ordre juridique, mais qui peut nécessairement surgir, formellement ou

296 CE, 23 octobre 1959, *Doublet*, n° 40922.

297 CE, Sect., 14 décembre 1962, *Doublet*, n° 50114.

298 Aux termes duquel : « Toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet ».



substantiellement, à tous les niveaux de la hiérarchie normative, à chaque fois que des impératifs essentiels de l'ordre juridique de l'État de droit sont en cause, et pouvant, comme *norme de nécessité*, s'imposer envers et contre tout au sein de cet ordre juridique, à la mesure de ces impératifs, lorsque les autres règles de droit ne seraient pas de nature à les satisfaire ou les contrarieraient.

Dite de façon plus condensée, la définition de l'ordre public peut s'exprimer ainsi : l'ordre public est une *norme impérative* de l'État de droit ordonnée à sa garantie. Tout comme l'État de droit, il s'impose de lui-même et constitue en quelque sorte le *jus cogens*<sup>299</sup> de l'ordre juridique interne.

**b)** Quant à sa *fonction*, l'ordre public est donc au sein de l'État de droit un instrument de garantie de ce qui constitue sa raison d'être, désignée aujourd'hui sous le nom générique de « droits fondamentaux ». Il n'est certainement pas dans son essence – sinon dans son existence empirique qui peut les méconnaître – le contraire des droits fondamentaux ; il est un élément même de leur définition juridique quant à leur régime et plus particulièrement leur étendue, leur portée, leur prérogative, leur condition et leur limite.

Il est encore possible de le caractériser de cette façon : l'ordre public est *coextensif et consubstantiel* aux droits fondamentaux.

Coextensif signifie ici qu'il y a toujours de l'ordre public lorsqu'il y a des droits, même fondamentaux, car il faut déterminer leurs limites et leurs garanties. Consubstantiel veut dire que l'ordre public se caractérise par ces droits fondamentaux dont il est la condition ultime de possibilité, tout autant que ces droits fondamentaux se définissent notamment par leurs limites et garanties imposées par l'ordre public.

**c)** On peut maintenant, pour conclure, caractériser l'ordre public au regard de son *sens*, c'est-à-dire de ses causes et de ses fins.

Pour ce qui est de son sens, l'ordre public s'appréhende au regard du contexte général qui est le sien : l'État de droit. Mais une telle assertion impose de caractériser l'État de droit.

L'État de droit n'est pas l'État légal, lequel s'investit lui-même, sur le fondement de sa souveraineté, du pouvoir de produire tout le droit de manière initiale et inconditionnelle, c'est-à-dire précisément souveraine. Cet État légal ne saurait donc absolument pas, par essence, garantir les droits fondamentaux, car si le souverain peut vouloir les assurer, il peut aussi, dans sa souveraineté, ne pas vouloir les reconnaître.

L'État de droit est l'État qui se reçoit lui-même du droit, un *certain type de droit*, qui n'est pas le droit positif qu'il est capable de produire, mais un type de droit que l'on peut appeler le « *droit fondamental* », lequel, constitué des *règles du droit*, fait que le droit est droit. C'est bien ce droit fondamental qui institue l'État de droit et

---

<sup>299</sup> Dans l'ordre juridique international, le *jus cogens* est défini par la convention de Vienne de 1969 (article 53) comme « *une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère* ».



son pouvoir suprême de producteur des règles de droit, mais qui, en même temps, et par le fait même, le domine en mesurant ses pouvoirs à sa raison d'être. Or celle-ci, comme le postule toute la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et en particulier ses articles 2, 4, 12 et 16 et le Préambule de 1946, est la garantie et la réalisation des droits fondamentaux.

On peut ainsi finir de caractériser l'ordre public par *référence à l'État de droit*, en faisant valoir deux aspects de leurs interrelations.

D'une part, l'ordre public est nécessaire à l'État de droit, car il garantit les droits fondamentaux et, en même temps, assure les conditions institutionnelles de ces droits, comme la protection des autorités de l'État, la sûreté générale, les intérêts fondamentaux de la nation, etc.

D'autre part, et réciproquement, l'ordre public est tributaire de l'État de droit. La notion d'État de droit interdit en effet de faire de l'ordre public une valeur première ou fondamentale de l'État de droit : dans un tel État, l'ordre public n'a, en lui-même, qu'une *fonction instrumentale*, mais non fondamentale ; il n'est pas, comme le sont les droits fondamentaux, un primat de l'État de droit, sauf si on le considère non plus en lui-même et déconnecté de ces droits, mais inclus en eux, comme simple élément de leur délimitation ou de leur définition.

En tout cas, dans l'État de droit, l'ordre public ne bénéficie d'aucune autonomie d'existence par rapport aux droits fondamentaux. Il ne jouit d'aucune légitimité indépendante de sa fonction de garantie des droits fondamentaux. *L'État de droit confère à l'ordre public son principe et ses propres limites, tout en déterminant les conditions et les modalités de son intervention.*

Paradoxalement – mais le paradoxe devrait être maintenant levé –, l'ordre public n'est pas dans son essence l'antithèse de l'État de droit ; il en constitue au contraire une donnée intrinsèque.



# Annexes







# Éléments de jurisprudence

## 1. Éléments de jurisprudence – table ronde n° 1

**CE, Ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, n° 136727.**

« Considérant qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public ; que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine ;

« Considérant que l'attraction de « lancer de nain » consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle ; que, par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération ».

**CE, jr<sup>300</sup>, 9 janvier 2014, Ministre de l'intérieur contre Société Les productions de la Plume e. a., n° 374508.**

« 4. Considérant que l'exercice de la liberté d'expression est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; qu'il appartient aux autorités chargées de la police administrative de prendre les mesures nécessaires à l'exercice de la liberté de réunion ; que les atteintes portées, pour des exigences d'ordre public, à l'exercice de ces libertés fondamentales doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées ;

« 5. Considérant que, pour interdire la représentation à Saint-Herblain du spectacle « Le Mur », précédemment interprété au théâtre de la Main d'Or à Paris, le préfet de la Loire-Atlantique a relevé que ce spectacle, tel qu'il est conçu, contient des propos de caractère antisémite, qui incitent à la haine raciale, et font, en méconnaissance de la dignité de la personne humaine, l'apologie des discriminations, persécutions et exterminations perpétrées au cours de la seconde guerre mondiale ; que l'arrêté contesté du préfet rappelle que M. Dieudonné M'Bala M'Bala a fait l'objet de neuf condamnations pénales, dont sept sont définitives, pour des propos de même nature ; qu'il indique enfin que les réactions à la tenue du spectacle du 9 janvier font apparaître, dans un climat de vive tension, des risques sérieux de troubles à l'ordre public qu'il serait très difficile aux forces de police de maîtriser ;

« 6. Considérant que la réalité et la gravité des risques de troubles à l'ordre public mentionnés par l'arrêté litigieux sont établis tant par les pièces du dossier que par les échanges tenus au cours de l'audience publique ; qu'au regard du spectacle prévu, tel qu'il a été annoncé et programmé, les allégations selon lesquelles les propos pénalement répréhensibles et de nature à mettre en cause la cohésion

300 Juge des référés.

nationale relevés lors des séances tenues à Paris ne seraient pas repris à Nantes ne suffisent pas pour écarter le risque sérieux que soient de nouveau portées de graves atteintes au respect des valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine ; qu'il appartient en outre à l'autorité administrative de prendre les mesures de nature à éviter que des infractions pénales soient commises ; qu'ainsi, en se fondant sur les risques que le spectacle projeté représentait pour l'ordre public et sur la méconnaissance des principes au respect desquels il incombe aux autorités de l'État de veiller, le préfet de la Loire-Atlantique n'a pas commis, dans l'exercice de ses pouvoirs de police administrative, d'illégalité grave et manifeste ».

**CE, ssr, 9 novembre 2015, Association générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française chrétienne (AGRIF), n<sup>os</sup> 376107 et 376291.**

« 6. Considérant, en premier lieu, qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police administrative de prendre les mesures nécessaires, adaptées et proportionnées pour prévenir la commission des infractions pénales susceptibles de constituer un trouble à l'ordre public sans porter d'atteinte excessive à l'exercice par les citoyens de leurs libertés fondamentales ; que, dans cette hypothèse, la nécessité de prendre des mesures de police administrative et la teneur de ces mesures s'apprécient en tenant compte du caractère suffisamment certain et de l'imminence de la commission de ces infractions ainsi que de la nature et de la gravité des troubles à l'ordre public qui pourraient en résulter ; qu'il suit de là que, contrairement à ce qui est soutenu, le ministre de l'intérieur, qui n'a au demeurant pas édicté de critères contraignants, n'a pas méconnu l'étendue des pouvoirs de police administrative en rappelant que l'autorité qui les détient peut, pour apprécier la nécessité d'interdire la représentation d'un spectacle, tenir compte de l'existence de condamnations pénales antérieures sanctionnant des propos identiques à ceux susceptibles d'être tenus à l'occasion de nouvelles représentations de ce spectacle, de l'importance donnée aux propos incriminés dans la structure même du spectacle ainsi que des éventuelles atteintes à la dignité de la personne humaine qui pourraient en résulter ; que la circonstance que les propos et gestes en cause sont diffusés sur Internet ne fait pas obstacle à l'interdiction de représentation d'un spectacle ; que la circonstance alléguée que les mesures envisagées par la circulaire se révéleraient insuffisantes est sans incidence sur sa légalité ;

« 7. Considérant que la circulaire attaquée du ministre de l'intérieur rappelle aux préfets qu'il leur appartient d'informer les maires sur les conditions dans lesquelles ils peuvent légalement interdire la représentation d'un spectacle dans le cas où le risque que soient tenus des propos et gestes de nature à porter atteinte à la dignité de la personne humaine est établi avec un degré suffisant de certitude, de les assister dans l'édition de telles mesures ou, lorsque les conditions de l'interdiction sont réunies, de se substituer à ces derniers ; qu'il résulte de ce qui a été dit au point précédent que, ce faisant, le ministre de l'intérieur n'a pas méconnu l'étendue des pouvoirs de police ni, en tout état de cause, méconnu les principes de nécessité et de proportionnalité auxquels est subordonnée l'édition de mesures de police ;



« 8. Considérant, en troisième lieu, que des propos et gestes, notamment ceux à caractère antisémite, incitant à la haine raciale et faisant l'apologie des discriminations, persécutions et exterminations perpétrées au cours de la seconde guerre mondiale, peuvent porter atteinte à la dignité de la personne humaine, alors même qu'ils ne provoqueraient pas de troubles matériels ; qu'ainsi, le ministre de l'intérieur n'a pas excédé sa compétence en mentionnant, au nombre des éléments permettant de justifier l'interdiction de la représentation d'un spectacle par l'autorité de police, les propos ou scènes qui seraient susceptibles de porter atteinte à la dignité de la personne humaine ».

**CE, jr, 16 avril 2015, Société « Grasse Boulange », n° 389372.**

« 2. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société SARL « Grasse Boulange » expose depuis plusieurs années, dans la vitrine de la boulangerie qu'elle exploite et qui est située 5 rue Thouron, à Grasse, des pâtisseries en ganache recouverte de chocolat noir représentant deux figurines dénommées « Dieu » et « Déesse » ; (...)

« 4. Considérant qu'aux termes de l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales : « *La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques* » ; qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public ; que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public ;

« 5. Considérant que si l'exposition, dans la vitrine de la boulangerie située 5 rue Thouron à Grasse, de pâtisseries figurant des personnages de couleur noire présentés dans une attitude obscène et s'inscrivant délibérément dans l'iconographie colonialiste est de nature à choquer, l'abstention puis le refus du maire de Grasse de faire usage de ses pouvoirs de police pour y mettre fin ne constituent pas en eux-mêmes une illégalité manifeste portant atteinte à une liberté fondamentale qu'il appartiendrait au juge administratif des référés de faire cesser ».

**CE, 28 septembre 2016, Ministre de la culture et de la communication, n° 395535.**

« 2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 211-1 du code du cinéma et de l'image animée : « *La représentation cinématographique est subordonnée à l'obtention d'un visa d'exploitation délivré par le ministre chargé de la culture. / Ce visa peut être refusé ou sa délivrance subordonnée à des conditions pour des motifs tirés de la protection de l'enfance et de la jeunesse ou du respect de la dignité humaine (...)* » ; (...).

« 4. Considérant, toutefois, qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que si les scènes de sexe en cause, bien que simulées, présentent un caractère de réalisme indéniable, elles sont, d'une part, exemptes de toute violence, et, d'autre part, filmées sans intention dégradante ; que ces scènes s'insèrent de façon cohérente dans la trame narrative globale de l'œuvre, d'une durée totale de près de trois heures, dont l'ambition est de dépeindre le caractère passionné d'une relation amoureuse entre deux jeunes femmes ; qu'en outre, ainsi qu'il a été rappelé au point 1, la ministre de la culture et de la communication a assorti le visa accordé d'un avertissement destiné à l'information des spectateurs les plus jeunes et de leurs parents ; qu'il s'ensuit, dans ces conditions, que la cour administrative



d'appel de Paris, en jugeant que le film était de nature à heurter la sensibilité du jeune public pour en déduire que la ministre avait entaché d'erreur d'appréciation sa décision d'accorder un visa d'exploitation comportant une interdiction limitée aux mineurs de moins de douze ans, a inexactement qualifié les faits de l'espèce ; que la ministre est, par suite, fondée à demander, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, l'annulation de l'arrêt attaqué ».

**CE, jr, 26 septembre 2016, Association de défense des droits de l'homme – collectif contre l'islamophobie en France, n° 403578.**

« 5. Si le maire est chargé par les dispositions citées au point 4 du maintien de l'ordre dans la commune, il doit concilier l'accomplissement de sa mission avec le respect des libertés garanties par les lois. Il en résulte que les mesures de police que le maire d'une commune du littoral édicte en vue de réglementer l'accès à la plage et la pratique de la baignade doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public, telles qu'elles découlent des circonstances de temps et de lieu, et compte tenu des exigences qu'impliquent le bon accès au rivage, la sécurité de la baignade ainsi que l'hygiène et la décence sur la plage. Il n'appartient pas au maire de se fonder sur d'autres considérations et les restrictions qu'il apporte aux libertés doivent être justifiées par des risques avérés d'atteinte à l'ordre public.

« 6. Il résulte de l'instruction que le maire de Cagnes-sur-Mer a pris l'arrêté litigieux pour prévenir les troubles à l'ordre public susceptibles de se produire compte tenu de l'état de tension révélé, selon lui, après les attentats de Nice du 14 juillet 2016 et de Saint-Etienne-du-Rouvray du 26 juillet 2016, par l'altercation verbale, survenue le 23 août 2016 sur l'une des plages de la commune, entre une famille, dont deux membres portaient des costumes de bain communément dénommés « burkinis », et d'autres usagers de la plage. Aucun autre trouble n'a été invoqué, notamment lors de l'audience orale. L'incident qui a entraîné l'intervention de l'arrêté litigieux n'est cependant pas susceptible, compte tenu de sa nature et, au demeurant, de sa gravité limitée, malgré la proximité des attentats de Nice et le maintien de l'état d'urgence, de faire apparaître des risques avérés de troubles à l'ordre public de nature à justifier légalement la mesure d'interdiction contestée. Dans ces conditions, le maire ne pouvait, sans excéder ses pouvoirs de police, édicter des dispositions qui interdisent l'accès à la plage et la baignade aux personnes portant des tenues manifestant de manière ostensible une appartenance religieuse. L'arrêté litigieux a ainsi porté une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales que sont la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience et la liberté personnelle. Les conséquences de l'application de telles dispositions sont en l'espèce constitutives d'une situation d'urgence qui justifie que le juge des référés fasse usage des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Il y a donc lieu d'annuler l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Nice du 12 septembre 2016 et d'ordonner la suspension de l'exécution de l'arrêté du maire de Cagnes-sur-Mer en date du 24 août 2016 ».

**CC, 22 décembre 2015, décision n° 2015-527 QPC.**

« 4. Considérant qu'aux termes de l'article 66 de la Constitution : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. – L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi » ; que la



liberté individuelle, dont la protection est confiée à l'autorité judiciaire, ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis ;

« 5. Considérant, en premier lieu, que les dispositions contestées permettent au ministre de l'intérieur, lorsque l'état d'urgence a été déclaré, de « prononcer l'assignation à résidence, dans le lieu qu'il fixe, de toute personne résidant dans la zone fixée » par le décret déclarant l'état d'urgence ; que cette assignation à résidence, qui ne peut être prononcée qu'à l'égard d'une personne pour laquelle « il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics », est une mesure qui relève de la seule police administrative et qui ne peut donc avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ; que cette assignation à résidence « doit permettre à ceux qui en sont l'objet de résider dans une agglomération ou à proximité immédiate d'une agglomération » ; qu'elle ne peut en aucun cas « avoir pour effet la création de camps où seraient détenues les personnes » assignées à résidence ; que, tant par leur objet que par leur portée, ces dispositions ne comportent pas de privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution ;

« 6. Considérant, en second lieu, que, dans le cadre d'une assignation à résidence prononcée par le ministre de l'intérieur, la personne « *peut également être astreinte à demeurer dans le lieu d'habitation déterminé par le ministre de l'intérieur, pendant la plage horaire qu'il fixe, dans la limite de douze heures par vingt-quatre heures* » ; que la plage horaire maximale de l'astreinte à domicile dans le cadre de l'assignation à résidence, fixée à douze heures par jour, ne saurait être allongée sans que l'assignation à résidence soit alors regardée comme une mesure privative de liberté, dès lors soumise aux exigences de l'article 66 de la Constitution ;

« 7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution doit être écarté ».

**CC, 19 février 2016, décision n° 2016-536 QPC, cons. 14.**

« Considérant que les dispositions de la seconde phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 permettent à l'autorité administrative de copier toutes les données informatiques auxquelles il aura été possible d'accéder au cours de la perquisition ; que cette mesure est assimilable à une saisie ; que ni cette saisie ni l'exploitation des données ainsi collectées ne sont autorisées par un juge, y compris lorsque l'occupant du lieu perquisitionné ou le propriétaire des données s'y oppose et alors même qu'aucune infraction n'est constatée ; qu'au demeurant peuvent être copiées des données dépourvues de lien avec la personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ayant fréquenté le lieu où a été ordonnée la perquisition ; que, ce faisant, le législateur n'a pas prévu de garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, les dispositions de la seconde phrase du troisième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955, qui méconnaissent l'article 2 de la Déclaration de 1789, doivent être déclarées contraires à la Constitution ».



**CC, 23 septembre 2016, décision n° 2016-568 QPC, cons. 8.**

« En ne soumettant le recours aux perquisitions à aucune condition et en n'encadrant leur mise en œuvre d'aucune garantie, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée. Par conséquent et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, les dispositions du 1° de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 15 avril 1960, qui méconnaissent l'article 2 de la Déclaration de 1789, doivent être déclarées contraires à la Constitution ».

**CC, 2 décembre 2016, décision n° 2016-600 QPC, cons. 16.**

« Lorsque les données copiées caractérisent une menace sans conduire à la constatation d'une infraction, le législateur n'a prévu aucun délai, après la fin de l'état d'urgence, à l'issue duquel ces données sont détruites. Par conséquent, le législateur n'a, en ce qui concerne la conservation de ces données, pas prévu de garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre le droit au respect de la vie privée et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. Dès lors, les mots : « *À l'exception de celles qui caractérisent la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre publics le comportement de la personne concernée* », figurant à la dernière phrase du huitième alinéa du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 doivent être déclarés contraires à la Constitution ».

**CC, 23 juillet 2015, décision n° 2015-713 DC (loi relative au renseignement).**

« – SUR LES NORMES DE RÉFÉRENCE :

« 2. Considérant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions, nécessaire à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des droits et des libertés constitutionnellement garantis ; qu'au nombre de ces derniers figurent le droit au respect de la vie privée, l'inviolabilité du domicile et le secret des correspondances, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;

« 3. Considérant qu'en vertu de l'article 5 de la Constitution, le Président de la République est le garant de l'indépendance nationale et de l'intégrité du territoire ; qu'aux termes du premier alinéa de l'article 20 : « *Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation* » ; qu'en vertu de l'article 21, le Premier ministre « *dirige l'action du Gouvernement* » et « *est responsable de la Défense nationale* » ; que le secret de la défense nationale participe de la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation, au nombre desquels figurent l'indépendance de la nation et l'intégrité du territoire ;

« 4. Considérant qu'aux termes de l'article 66 de la Constitution : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* » ;



« 5. Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* » ; que sont garantis par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable ainsi que le principe du contradictoire ;

« – SUR CERTAINES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 2 :

« 6. Considérant que l'article 2 de la loi déferée complète, par les titres I<sup>er</sup> à IV, le livre VIII du code de la sécurité intérieure créé par l'article 1<sup>er</sup> de la même loi ; que le titre I<sup>er</sup> est consacré aux dispositions générales et comprend les articles L. 811-1 à L. 811-4 ; que le titre II est consacré à la procédure applicable aux techniques de recueil de renseignement soumises à autorisation et comprend les articles L. 821-1 à L. 822-4 ; que le titre III est relatif à la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement et comprend les articles L. 831-1 à L. 833-11 ; que le titre IV est consacré aux recours relatifs à la mise en œuvre des techniques de renseignement soumises à autorisation et des fichiers intéressant la sûreté de l'État et comprend les articles L. 841-1 et L. 841-2 ; (...)

« . En ce qui concerne l'article L. 821-6 du code de la sécurité intérieure :

« 27. Considérant que l'article L. 821-6 du code de la sécurité intérieure institue une procédure dérogatoire d'installation, d'utilisation et d'exploitation des appareils ou dispositifs techniques de localisation en temps réel d'une personne, d'un véhicule ou d'un objet, d'identification d'un équipement terminal ou du numéro d'abonnement ainsi que de localisation de cet équipement ou d'interception des correspondances émises ou reçues par cet équipement, en cas d'urgence liée à une menace imminente ou à un risque très élevé de ne pouvoir effectuer l'opération ultérieurement ; que cette procédure permet aux agents individuellement désignés et habilités d'installer, utiliser et exploiter sans autorisation préalable ces appareils ou dispositifs techniques ; que le Premier ministre, le ministre concerné et la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement en sont informés sans délai et par tout moyen ; que le Premier ministre peut ordonner à tout moment d'interrompre la mise en œuvre de la technique et de détruire sans délai les renseignements collectés ; qu'une autorisation doit être ensuite délivrée par le Premier ministre, dans un délai de quarante-huit heures, après avis rendu par la commission au vu des éléments de motivation mentionnés à l'article L. 821-4 du même code et de ceux justifiant le recours à la procédure d'urgence ;

« 28. Considérant, d'une part, que la procédure prévue à l'article L. 821-6 peut être utilisée pour la mise en place des techniques de recueil de renseignement prévues par les articles L. 851-5, L. 851-6 et par le paragraphe II de l'article L. 852-1 du code de la sécurité intérieure ; que ces procédures permettent à l'autorité administrative d'utiliser un dispositif technique permettant la localisation en temps réel d'une personne, d'un véhicule ou d'un objet, ou de recueillir ou d'intercepter, au moyen d'un appareil ou d'un dispositif, sans le consentement de leur auteur les données de connexion permettant l'identification d'un équipement terminal ou du numéro d'abonnement de son utilisateur ainsi que les données relatives à la localisation des équipements terminaux utilisés et les correspondances émises ou reçues par un équipement terminal ;





« 29. Considérant, d'autre part, qu'à l'inverse des autres procédures dérogatoires, y compris celle instituée par l'article L. 821-5 du même code, la procédure prévue par l'article L. 821-6 permet de déroger à la délivrance préalable d'une autorisation par le Premier ministre ou par l'un de ses collaborateurs directs habilités au secret de la défense nationale auxquels il a délégué cette attribution, ainsi qu'à la délivrance d'un avis préalable de la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement ; qu'elle ne prévoit pas non plus que le Premier ministre et le ministre concerné doivent être informés au préalable de la mise en œuvre d'une technique dans ce cadre ; que, par suite, les dispositions de l'article L. 821-6 portent une atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances ; que les dispositions de l'article L. 821-6 du code de la sécurité intérieure doivent être déclarées contraires à la Constitution ;

« 30. Considérant que, par voie de conséquence, la dernière phrase du premier alinéa de l'article L. 821-7 du code de la sécurité intérieure dans sa rédaction résultant de l'article 2 de la loi déferée, qui est indissociable des dispositions de l'article L. 821-6, doit également être déclarée contraire à la Constitution ; qu'il en va de même des mots : « *et L. 821-6* » au septième alinéa de l'article L. 833-9 du code de la sécurité intérieure dans sa rédaction résultant de l'article 2 de la loi déferée ; (...)

« En ce qui concerne l'article L. 841-1 du code de la sécurité intérieure :

« 48. Considérant que l'article L. 841-1 du code de la sécurité intérieure prévoit que « *Sous réserve des dispositions particulières prévues à l'article L. 854-1 du présent code, le Conseil d'État est compétent pour connaître, dans les conditions prévues au chapitre III bis du titre VII du livre VII du code de justice administrative, des requêtes concernant la mise en œuvre des techniques de renseignement mentionnées au titre V du présent livre* » ; qu'en vertu du 1° du même article, le Conseil d'État peut être saisi par toute personne souhaitant vérifier qu'elle ne fait pas, ou n'a pas fait, l'objet d'une surveillance irrégulière, sous réserve de l'exercice d'une réclamation préalable auprès de la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement conformément à l'article L. 833-4 du même code ; qu'en vertu du 2° de l'article L. 841-1, le Conseil d'État peut être saisi par ladite commission lorsqu'elle estime que ses avis ou recommandations n'ont pas été suivis d'effet ou que les suites qui y ont été données sont insuffisantes, ou par au moins trois de ses membres ; qu'en vertu du cinquième alinéa de l'article L. 841-1, une juridiction administrative ou une autorité judiciaire saisie d'une procédure ou d'un litige dont la solution dépend de l'examen de la régularité d'une technique de recueil de renseignement a la faculté de saisir le Conseil d'État à titre préjudiciel ;

« 49. Considérant que l'article L. 841-1 du code de la sécurité intérieure, qui met en œuvre le droit à un recours juridictionnel effectif, doit, à l'exception des mots : « *Sous réserve des dispositions particulières prévues à l'article L. 854-1 du présent code,* », être déclaré conforme à la Constitution ; (...)

« - SUR CERTAINES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 6 : (...)

« En ce qui concerne l'article L. 854-1 du code de la sécurité intérieure :

« 76. Considérant que le paragraphe I de l'article L. 854-1 du code de la sécurité intérieure autorise, aux seules fins de protection des intérêts fondamentaux





de la nation mentionnés à l'article L. 811-3 du même code, la surveillance des communications émises ou reçues à l'étranger ; que le deuxième alinéa de ce paragraphe prévoit les mentions que les autorisations de surveillance délivrées en application de cet article devront comporter ; que le troisième alinéa de ce paragraphe indique que ces autorisations seront délivrées sur demande motivée des ministres mentionnés au premier alinéa de l'article L. 821-2 du même code pour une durée de quatre mois renouvelable ; que le quatrième alinéa de ce paragraphe dispose qu'un décret en Conseil d'État, pris après avis de la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, définit les conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés, ainsi que les conditions de traçabilité et de contrôle par la commission de la mise en œuvre des mesures de surveillance ; que le cinquième alinéa prévoit qu'un décret en Conseil d'État non publié pris après avis de ladite commission et porté à la connaissance de la délégation parlementaire au renseignement précise, en tant que de besoin, les modalités de mise en œuvre de ces mesures de surveillance ;

« 77. Considérant que les députés requérants soutiennent que ces dispositions méconnaissent le droit au respect de la vie privée ;

« 78. Considérant qu'en ne définissant dans la loi ni les conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés en application de l'article L. 854-1, ni celles du contrôle par la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement de la légalité des autorisations délivrées en application de ce même article et de leurs conditions de mise en œuvre, le législateur n'a pas déterminé les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, par suite, les dispositions du paragraphe I de l'article L. 854-1, qui méconnaissent l'article 34 de la Constitution, doivent être déclarés contraires à la Constitution ;

« 79. Considérant qu'il en va de même, par voie de conséquence, des paragraphes II et III du même article L. 854-1, qui en sont inséparables ; qu'il y a également lieu, par voie de conséquence, de déclarer contraires à la Constitution les mots : « à l'exception de ceux mentionnés à l'article L. 854-1 » figurant au troisième alinéa de l'article L. 833-2 du code de la sécurité intérieure dans sa rédaction résultant de l'article 2 de la loi, les mots : « Sous réserve des dispositions particulières prévues à l'article L. 854-1 du présent code », figurant au premier alinéa de l'article L. 841-1 du code de la sécurité intérieure dans sa rédaction résultant de l'article 2 de la loi, les mots : « et de l'article L. 854-1 du code de la sécurité intérieure » figurant à l'article L. 773-1 du code de justice administrative dans sa rédaction résultant de l'article 10 ».

**C. cass., Crim., 21 mai 2014, pourvoi n° 13-83.758.**

« Est justifiée la décision de la cour d'appel qui déclare une association coupable d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste, financement du terrorisme, par des constatations qui établissent que certains membres identifiés de cette association, mandatés par une organisation terroriste et également poursuivis, organisaient, supervisaient, coordonnaient la partie clandestine des activités de cette association, au profit de l'organisation terroriste, notamment les réunions régulières de cadres venus de divers pays européens, la propagande, le recueil des fonds, la tenue de la comptabilité et, plus généralement, dirigeaient,



pour son compte, les opérations représentant la contribution délibérée de celle-ci au soutien de l'organisation terroriste ».

**C. cass., Crim., 12 juillet 2016, pourvoi n° 16-82.692.**

« Il résulte des articles 421-2-1 et 421-6 du code pénal que l'association de malfaiteurs en vue de commettre certains crimes à caractère terroriste constitue une infraction indépendante, tant des crimes préparés ou commis par certains de ses membres, que des infractions caractérisées par certains des faits qui la concrétisent.

« Méconnaît ce principe la chambre de l'instruction qui, pour dire n'y avoir lieu à mise en examen du chef de participation à un groupement ou une entente terroriste ayant pour objet la préparation d'un ou plusieurs crimes d'atteintes aux personnes, relève que les éléments de la procédure n'apportent pas la démonstration de la participation des intéressés à la préparation desdits crimes ou à la commission du crime de destructions par substances explosives ou incendiaires de nature à causer la mort d'une ou plusieurs personnes ».

**C. cass., Crim., 7 octobre 2016, pourvoi n° 16-84.597.**

« Il résulte de la combinaison des articles 421-1, 421-2-1 et 421-6 du code pénal qu'est punissable en tant que crime la participation à un groupement formé ou une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un acte de terrorisme, dès lors qu'il a pour objet de porter volontairement atteinte à la vie ou à l'intégrité de la personne.

« Méconnaît le sens et la portée des textes précités la chambre de l'instruction qui exige, pour retenir cette circonstance aggravante à l'encontre de celui qui s'associe à une entreprise terroriste ayant un tel objet, la démonstration de la connaissance précise et concrète du projet d'attenter volontairement à la vie ou à l'intégrité de personnes fomenté par l'auteur ».

**C. cass., Crim., 10 janvier 2017, pourvoi n° 16-84.596.**

« Sur le moyen unique de cassation, présenté par le procureur général près la cour d'appel de Paris, pris de la violation des articles 421-1 du code pénal et 591 du code de procédure pénale ;

« Attendu que, pour ordonner le renvoi de huit mis en examen devant la juridiction de jugement en écartant la circonstance de terrorisme initialement attachée à chacune des infractions retenues, l'arrêt, par motifs propres et adoptés, relève que les actes de sabotage reprochés n'étaient susceptibles de provoquer qu'une perturbation du trafic ferroviaire, sans danger pour les usagers des trains, ce dont les auteurs des faits auraient eu connaissance ; que les juges ajoutent qu'il ne résulte pas des éléments d'enquête, en particulier des écrits imputés aux membres du groupe ou de ceux auxquels ils ont pu se référer, tout en prônant l'insurrection, que ces agissements se sont inscrits dans une finalité terroriste ; que la cour d'appel retient que les comportements violents, projetés par les mis en examen à l'occasion de manifestations, ne sauraient à eux seuls caractériser une infraction comme étant intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ;



« Attendu que c'est à tort que, pour écarter la circonstance de terrorisme, l'arrêt retient que, d'une part, les agissements reprochés aux mis en examen n'ont pas de finalité terroriste, d'autre part, que les actions de sabotage qui leur sont imputées n'étaient pas susceptibles de provoquer des atteintes à l'intégrité physique des personnes, posant ainsi des conditions que l'article 421-1 du code pénal n'exige pas ;

« Que, toutefois, l'arrêt n'encourt pas la censure dès lors qu'il se déduit de ces énonciations qu'il n'existe pas charges suffisantes permettant de retenir que les infractions, objet de l'arrêt de renvoi devant la juridiction de jugement, auraient été commises en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ;

« Que, dès lors, le moyen doit être écarté ».

**C. cass., Crim., 13 décembre 2016, pourvoi n° 16-84.794.**

« Dès lors qu'aux termes de l'article préliminaire du code de procédure pénale, les mesures de contrainte dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire, les juridictions pénales sont compétentes, conformément à l'article 111-5 du code pénal, pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis. Il en va ainsi lorsque de la régularité de ces actes dépend celle de la procédure.

« Encourt la cassation l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui, pour rejeter le moyen tiré de l'illégalité de l'ordre administratif d'une perquisition pris sur le fondement de l'article 11, 1°, de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et la requête en annulation des pièces de la procédure, retient que le contrôle de l'acte administratif par le juge pénal ne s'exerce que lorsque l'illégalité prétendue aurait pour effet d'enlever aux faits leur caractère punissable, alors que la chambre de l'instruction était compétente pour apprécier la légalité d'ordres de perquisition qui détermine la régularité de la procédure ».

**C. cass., Crim., 13 décembre 2016, pourvoi n° 16-82.176.**

« Méconnaît l'article 11, 1°, de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960, seul applicable le 19 novembre 2016, date de l'ordre de perquisition, la chambre de l'instruction qui statue en application de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions ».

**CC, 7 octobre 2010, décision n° 2010-613 DC.**

« 1. Considérant que le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat défèrent au Conseil constitutionnel la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public ; qu'ils n'invoquent à l'encontre de ce texte aucun grief particulier ;

« 2. Considérant que l'article 1<sup>er</sup> de la loi déférée dispose : « *Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage* » ; que l'article 2 de la même loi précise : « *I. Pour l'application de l'article 1<sup>er</sup>, l'espace public est*



*constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public. - II. L'interdiction prévue à l'article 1<sup>er</sup> ne s'applique pas si la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels, ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles » ; que son article 3 prévoit que la méconnaissance de l'interdiction fixée à l'article 1<sup>er</sup> est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la deuxième classe ;*

« 3. Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* » ; qu'aux termes de son article 5 : « *La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* » ; qu'aux termes de son article 10 : « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* » ; qu'enfin, aux termes du troisième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* » ;

« 4. Considérant que les articles 1<sup>er</sup> et 2 de la loi déferée ont pour objet de répondre à l'apparition de pratiques, jusqu'alors exceptionnelles, consistant à dissimuler son visage dans l'espace public ; que le législateur a estimé que de telles pratiques peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent les exigences minimales de la vie en société ; qu'il a également estimé que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité ; qu'en adoptant les dispositions déferées, le législateur a ainsi complété et généralisé des règles jusque là réservées à des situations ponctuelles à des fins de protection de l'ordre public ;

« 5. Considérant qu'eu égard aux objectifs qu'il s'est assignés et compte tenu de la nature de la peine instituée en cas de méconnaissance de la règle fixée par lui, le législateur a adopté des dispositions qui assurent, entre la sauvegarde de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée ; que, toutefois, l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public ne saurait, sans porter une atteinte excessive à l'article 10 de la Déclaration de 1789, restreindre l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte ouverts au public ; que, sous cette réserve, les articles 1<sup>er</sup> à 3 de la loi déferée ne sont pas contraires à la Constitution ;

« 6. Considérant que l'article 4 de la loi déferée, qui punit d'un an d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende le fait d'imposer à autrui de dissimuler son visage, et ses articles 5 à 7, relatifs à son entrée en vigueur et à son application, ne sont pas contraires à la Constitution ».



## 2. Éléments de jurisprudence – table ronde n° 2

### 2. 1. Juridictions européennes

#### **CEDH, Gde ch., 1<sup>er</sup> juillet 2014, S.A.S. contre France, n° 43835/11.**

« 116. À propos du second des objectifs invoqués – « *le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte* » – le Gouvernement renvoie à trois valeurs : le respect de l'égalité entre les hommes et les femmes, le respect de la dignité des personnes et le respect des exigences minimales de la vie en société. Il estime que cette finalité se rattache à la « *protection des droits et libertés d'autrui* », au sens du second paragraphe de l'article 8 et de celui de l'article 9.

« 117. Comme la Cour l'a relevé précédemment, aucune de ces trois valeurs ne correspond explicitement aux buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 et à celui de l'article 9. Parmi ceux-ci, les seuls susceptibles d'être pertinents en l'espèce, au regard de ces valeurs, sont l'« *ordre public* » et la « *protection des droits et libertés d'autrui* ». Le premier n'est cependant pas mentionné par l'article 8 § 2. Le Gouvernement n'y a du reste fait référence ni dans ses observations écrites ni dans sa réponse à la question qui lui a été posée à ce propos lors de l'audience, évoquant uniquement la « *protection des droits et libertés d'autrui* ». La Cour va donc concentrer son examen sur ce dernier « *but légitime* », comme d'ailleurs elle l'avait fait dans les affaires *Leyla Şahin* et *Ahmet Arslan et autres* (précitées, §§ 111 et 43 respectivement). (...)

« 139. S'agissant de la nécessité au regard de la sûreté ou de la sécurité publiques, au sens des articles 8 et 9 (...), la Cour comprend qu'un État juge essentiel de pouvoir identifier les individus afin de prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens et de lutter contre la fraude identitaire. Elle a d'ailleurs conclu à la non-violation de l'article 9 de la Convention dans des affaires relatives à l'obligation de retirer un élément vestimentaire à connotation religieuse dans le cadre d'un contrôle de sécurité et à l'obligation d'apparaître tête nue sur les photos d'identité destinées à des documents officiels (paragraphe 133 ci-dessus). Cependant, vu son impact sur les droits des femmes qui souhaitent porter le voile intégral pour des raisons religieuses, une interdiction absolue de porter dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage ne peut passer pour proportionnée qu'en présence d'un contexte révélant une menace générale contre la sécurité publique. Or le Gouvernement ne démontre pas que l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 s'inscrit dans un tel contexte. Quant aux femmes concernées, elle se trouvent obligées de renoncer totalement à un élément de leur identité qu'elles jugent important ainsi qu'à la manière de manifester leur religion ou leurs convictions qu'elles ont choisie, alors que l'objectif évoqué par le Gouvernement serait atteint par une simple obligation de montrer leur visage et de s'identifier lorsqu'un risque pour la sécurité des personnes et des biens est caractérisé ou que des circonstances particulières conduisent à soupçonner une fraude identitaire. Ainsi, on ne saurait retenir que l'interdiction générale que pose la loi du 11 octobre 2010 est nécessaire, dans une société démocratique, à la sécurité publique ou à la sûreté publique, au sens des articles 8 et 9 de la Convention.

« 140. Il faut encore examiner ce qu'il en est au regard de l'autre but que la Cour a jugé légitime : le souci de répondre aux exigences minimales de la vie en société comme élément de la « *protection des droits et libertés d'autrui* » (...).



« 141. La Cour observe qu'il s'agit là d'un objectif auquel les autorités ont accordé beaucoup de poids. Cela ressort notamment de l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi, qui indique que, « *si la dissimulation volontaire et systématique du visage pose problème, c'est parce qu'elle est tout simplement contraire aux exigences fondamentales du « vivre-ensemble » dans la société française* » et que « *la dissimulation systématique du visage dans l'espace public, contraire à l'idéal de fraternité, ne satisfait pas (...) à l'exigence minimale de civilité nécessaire à la relation sociale* » (...). Or il entre assurément dans les fonctions de l'État de garantir les conditions permettant aux individus de vivre ensemble dans leur diversité. Par ailleurs, la Cour peut accepter qu'un État juge essentiel d'accorder dans ce cadre une importance particulière à l'interaction entre les individus et qu'il considère qu'elle se trouve altérée par le fait que certains dissimulent leur visage dans l'espace public (...).

« 142. En conséquence, la Cour estime que l'interdiction litigieuse peut être considérée comme justifiée dans son principe dans la seule mesure où elle vise à garantir les conditions du « vivre-ensemble ». (...)

« 157. En conséquence, notamment au regard de l'ampleur de la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce, la Cour conclut que l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 peut passer pour proportionnée au but poursuivi, à savoir la préservation des conditions du « vivre-ensemble » en tant qu'élément de la « protection des droits et libertés d'autrui ».

« 158. La restriction litigieuse peut donc passer pour « nécessaire », « dans une société démocratique ». Cette conclusion vaut au regard de l'article 8 de la Convention comme de l'article 9 ».

**CEDH, Gde ch., 15 octobre 2015, *Perinçek contre Suisse*, n° 27510/08.**

« 146. En anglais, le texte des différents articles de la Convention et de ses Protocoles utilise plusieurs formulations pour désigner les divers buts légitimes susceptibles de justifier une ingérence dans les droits qui y sont consacrés. L'article 10 § 2 de la Convention, de même que les articles 8 § 2 et 11 § 2, recourt à l'expression « *prevention of disorder* », tandis que l'article 6 § 1 de la Convention et l'article 1 § 2 du Protocole n° 7 emploient les termes « *interests of public order* » et que l'article 9 § 2 parle de « *protection of public order* » et l'article 2 § 3 du Protocole n° 4 de « *maintenance of ordre public* ». Autant un même terme employé dans la Convention et ses Protocoles renvoie en principe à la même notion (...), autant une différence dans la formulation employée est normalement censée dénoter une différence de sens. À cet égard, les dernières expressions apparaissent revêtir un sens moins étroit, fondé sur la notion d'ordre public en son acception large admise dans les pays continentaux (paragraphe 16 du rapport explicatif du Protocole n° 4) – où elle est souvent choisie pour désigner le corps de principes politiques, économiques et moraux essentiels au maintien de la structure sociale et même, dans certains pays, pour englober la dignité humaine – tandis que la première expression apparaît revêtir une portée plus étroite, renvoyant surtout, dans les affaires de cette nature, aux émeutes ou à d'autres formes de troubles publics.



« 147. Pour sa part, le texte français de l'article 10 § 2 de la Convention, de même que celui des articles 8 § 2 et 11 § 2, emploie l'expression « défense de l'ordre », qui peut passer pour avoir un sens plus large que les termes « *prevention of disorder* » utilisés en anglais. Or même en français aussi les formulations diffèrent puisque le texte de l'article 6 § 1 de la Convention, de même que celui de l'article 2 § 3 du Protocole n° 4 et celui de l'article 1 § 2 du Protocole n° 7, emploient les termes « ordre public ».

« 148. Au demeurant, la grande chambre a récemment noté la différence entre les expressions « défense de l'ordre » (« *prevention of disorder* ») figurant à l'article 8 § 2 de la Convention et « ordre public » (« *public order* ») (voir : CEDH, Gde ch., 1<sup>er</sup> juillet 2014, *S.A.S. c. France*, n° 43835/11, § 117).

« 149. En son article 33 § 1, la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités dispose qu'un traité doit être interprété « *de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* ». Son article 33 § 3, consacré à l'interprétation des traités qui, à l'instar de la Convention, font foi dans deux langues ou plus, précise que leurs termes « *sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques* ». Le paragraphe 4 de cet article ajoute que, lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens que l'application des autres règles d'interprétation ne permet pas d'éliminer, le sens à retenir est celui qui, « *compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes* ». Il s'agit là des éléments de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31 § 1 de la Convention de Vienne (*Golder*, précité, § 30 ; et CEDH, 4 avril 2000, *Witold Litwa c. Pologne*, n° 26629/95, § 58).

« 150. La Cour a déjà dit à d'autres occasions que ces règles – qui sont le reflet de principes de droit international communément admis (*Golder*, précité, § 29) ayant déjà acquis valeur de droit coutumier (C.I.J., 27 juin 2001, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, Rec. p. 466, §§ 99 et 101) – lui imposent d'interpréter les textes pertinents d'une manière qui concilie ceux-ci dans la mesure du possible et qui soit la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de la Convention (*Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, p. 23, § 8, série A n° 7 ; *Sunday Times*, précité, § 48 ; *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, 29 novembre 1988, § 59, série A, n° 145-B ; et *Stoll*, précité, §§ 59-60).

« 151. Étant donné que le contexte dans lequel les termes en question sont employés est un traité qui vise la protection effective des droits individuels de l'homme (CEDH, Gde ch., 29 janvier 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, n° 13229/03, § 62), que les clauses qui, comme l'article 10 § 2, permettent les ingérences dans les droits garantis par la Convention sont d'interprétation restrictive (voir, notamment, *Vogt*, § 52 ; *Rekvényi*, § 42 ; et surtout *Stoll*, § 61, précités) et que, plus généralement, une exception à une règle de principe ne peut être interprétée extensivement (*Witold Litwa*, précité, § 59), la Cour estime que, puisque les mots employés dans le texte anglais apparaissent à même de s'entendre seulement en un sens étroit, la meilleure manière de concilier les expressions « défense de l'ordre » et « *prevention of disorder* » dans les textes français et anglais de l'article 10 § 2 consiste à les interpréter dans leur sens « le moins large ». (...) ».





**CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf contre Autriche*, n° 30141/04.**

« 105. Force est pour la Cour de constater que se fait jour un consensus européen tendant à la reconnaissance juridique des couples homosexuels et que cette évolution s'est en outre produite avec rapidité au cours de la décennie écoulée. Néanmoins, les États qui offrent une reconnaissance juridique aux couples homosexuels ne constituent pas encore la majorité. Le domaine en cause doit donc toujours être considéré comme un secteur où les droits évoluent, sans consensus établi, et où les États doivent aussi bénéficier d'une marge d'appréciation pour choisir le rythme d'adoption des réformes législatives (voir : *Courten*, décision précitée ; et *M. W. c. Royaume-Uni* (déc.), n° 11313/02, 23 juin 2009, ces deux décisions se rapportant à l'introduction de la loi sur le partenariat civil au Royaume-Uni).

« 106. La loi autrichienne sur le partenariat enregistré, qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2010, reflète l'évolution décrite ci-dessus et s'inscrit ainsi dans le cadre du consensus européen qui est en train d'apparaître. Même s'il n'est pas à l'avant-garde, le législateur autrichien ne saurait se voir reprocher de ne pas avoir créé plus tôt la loi sur le partenariat enregistré (voir, *mutatis mutandis*, *Petrovic*, précité, § 41) ».

**CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres contre Italie*, n°s 18766/11 et 36030/11.**

« 162. In implementing their positive obligation under Article 8 the States enjoy a certain margin of appreciation. A number of factors must be taken into account when determining the breadth of that margin. In the context of "private life" the Court has considered that where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake the margin allowed to the State will be restricted (see, for example : *X and Y*, cited above, §§ 24 and 27 ; *Christine Goodwin*, cited above, § 90 ; see also : *Pretty v. the United Kingdom*, n° 2346/02, § 71, ECHR 2002-III). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider (see : *X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 April 1997, § 44, Reports 1997-II ; *Fretté v. France*, n° 36515/97, § 41, ECHR 2002-I ; and *Christine Goodwin*, cited above, § 85). There will also usually be a wide margin if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights (see *Fretté*, cited above, § 42 ; *Odièvre v. France* [Gde ch.], n° 42326/98, §§ 44-49, ECHR 2003-III ; *Evans v. the United Kingdom* [Gde ch.], n° 6339/05, § 77, ECHR 2007-I ; *Dickson v. the United Kingdom* [Gde ch.], n° 44362/04, § 78, ECHR 2007-V ; and *S. H. and Others*, cited above, § 94) ».

**CEDH, 5 juin 2015, *Lambert et autres contre France*, n° 46043/14.**

« 161. Les requérants contestent le processus décisionnel, dont ils estiment qu'il aurait dû être véritablement collégial ou à tout le moins prévoir une médiation en cas de désaccord.

« 162. La Cour relève tout d'abord que ni l'article 2, ni sa jurisprudence ne peuvent se lire comme imposant des obligations quant à la procédure à suivre pour arriver à un éventuel accord. Elle rappelle que, dans l'affaire *Burke* précitée, elle a estimé conforme à l'article 2 la procédure consistant à rechercher les souhaits du patient et consulter ses proches, ainsi que d'autres membres du personnel médical (...).





« 163. La Cour observe que, si la procédure en droit français est appelée « collégiale » et qu'elle comporte plusieurs phases de consultation (de l'équipe soignante, d'au moins un autre médecin, de la personne de confiance, de la famille ou des proches), c'est au seul médecin en charge du patient que revient la décision. La volonté du patient doit être prise en compte. La décision elle-même doit être motivée et elle est versée au dossier du patient.

« 164. Dans ses observations en qualité d'*amicus curiae*, M. Jean Leonetti a rappelé que la loi fait porter la responsabilité de la décision d'arrêt de traitement au seul médecin et n'a pas voulu transférer cette responsabilité à la famille, pour éviter tout sentiment de culpabilité et pour que la personne qui a pris la décision soit identifiée.

« 165. Il résulte des éléments de droit comparé dont la Cour dispose que, dans les États qui permettent l'arrêt des traitements et en l'absence de directives anticipées du patient, il existe une grande variété de modalités quant à la façon dont est prise la décision finale d'arrêt des traitements : elle peut l'être par le médecin (c'est le cas le plus fréquent), de façon conjointe par le médecin et la famille, par la famille ou le représentant légal, ou par les tribunaux (...).

« 166. La Cour observe que la procédure collégiale dans la présente affaire a duré de septembre 2013 à janvier 2014 et que, à tous les stades, sa mise en œuvre a été au-delà des conditions posées par la loi : alors que la procédure prévoit la consultation d'un autre médecin et éventuellement d'un second, le docteur Kariger a consulté six médecins, dont l'un désigné par les requérants ; il a réuni la presque totalité de l'équipe soignante et convoqué deux conseils de famille auxquels ont participé l'épouse, les parents et les huit frères et sœurs de Vincent Lambert. À l'issue de ces réunions, l'épouse de Vincent Lambert et six de ses frères et sœurs se sont déclarés favorables à l'arrêt des traitements, ainsi que cinq des six médecins consultés, alors que les requérants s'y sont opposés. Le médecin s'est également entretenu avec François Lambert, le neveu de Vincent Lambert. Sa décision, longue de treize pages (dont une version abrégée de sept pages a été lue à la famille) est très motivée. Le Conseil d'État a conclu, dans sa décision du 24 juin 2014, qu'elle n'avait été entachée d'aucune irrégularité (paragraphe 50 ci-dessus).

« 167. Le Conseil d'État a estimé que le médecin avait satisfait à l'obligation de consulter la famille et qu'il avait pu légalement prendre sa décision en l'absence d'une opinion unanime de cette dernière. La Cour note qu'en son état actuel, le droit français prévoit la consultation de la famille (et non sa participation à la prise de décision), mais n'organise pas de médiation en cas de désaccord entre ses membres. Il ne précise pas non plus l'ordre dans lequel prendre en compte les opinions des membres de la famille, contrairement à ce qui est prévu dans certains autres États.

« 168. La Cour relève l'absence de consensus en la matière (...) et considère que l'organisation du processus décisionnel, y compris la désignation de la personne qui prend la décision finale d'arrêt des traitements et les modalités de la prise de décision, s'inscrivent dans la marge d'appréciation de l'État. Elle constate que la procédure a été menée en l'espèce de façon longue et méticuleuse, en allant au-delà des conditions posées par la loi, et estime que, même si les requérants sont en désaccord avec son aboutissement, cette procédure a respecté les exigences découlant de l'article 2 de la Convention (...).



**CJUE, Gde ch., 1<sup>er</sup> février 2016, *Tele2 Sverige contre Post-och telestyrelsen et Watson contre Royaume-Uni*, aff. jointes C-203/15 et C-698/15.**

« La Cour (grande chambre) dit pour droit :

« 1) L'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), telle que modifiée par la directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009, lu à la lumière des articles 7, 8 et 11 ainsi que de l'article 52, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale prévoyant, à des fins de lutte contre la criminalité, une conservation généralisée et indifférenciée de l'ensemble des données relatives au trafic et des données de localisation de tous les abonnés et utilisateurs inscrits concernant tous les moyens de communication électronique.

« 2) L'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58, telle que modifiée par la directive 2009/136, lu à la lumière des articles 7, 8 et 11 ainsi que de l'article 52, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale régissant la protection et la sécurité des données relatives au trafic et des données de localisation, en particulier l'accès des autorités nationales compétentes aux données conservées, sans limiter, dans le cadre de la lutte contre la criminalité, cet accès aux seules fins de lutte contre la criminalité grave, sans soumettre ledit accès à un contrôle préalable par une juridiction ou une autorité administrative indépendante, et sans exiger que les données en cause soient conservées sur le territoire de l'Union.

« 3) La seconde question posée par la Court of Appeal, England & Wales, Civil Division (Cour d'appel, Angleterre et pays de Galles, division civile), Royaume-Uni est irrecevable ».

**CEDH, Gde ch., 19 février 2009, *A. et autres contre Royaume-Uni*, n° 3455/05.**

(à propos de la procédure mise en place par la section 6 du *Justice and Security Act 2013*, permettant l'examen des pièces confidentielles à charge par des « *special counsels* » ou avocats spéciaux).

« 205. Cela dit, la Cour a jugé que, même dans les instances impliquant une décision sur une accusation en matière pénale justiciables de l'article 6, le droit à un procès pleinement contradictoire peut être restreint dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde d'un intérêt public important tel que la sécurité nationale, la nécessité de garder secrètes certaines méthodes policières de recherche des infractions ou la protection des droits fondamentaux d'un tiers. Toutefois, si l'on veut garantir un procès équitable à l'accusé, toutes difficultés causées à la défense par une limitation de ses droits doivent être suffisamment compensées par la procédure suivie devant les autorités judiciaires (voir, par exemple, *Doorson c. Pays-Bas*, 26 mars 1996, § 70, Recueil 1996-II ; *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, 23 avril 1997, § 58, Recueil 1997-III ; *Jasper c. Royaume-Uni* [Gde ch.], n° 27052/95, §§ 51-53, 16 février 2000 ; *S. N. c. Suède*, n° 34209/96, § 47, CEDH 2002-V ; et *Botmeh et Alami c. Royaume-Uni*, n° 15187/03, § 37, 7 juin 2007). (...)



« 209. La Cour a évoqué à plusieurs reprises la possibilité du recours au ministère d'avocats spéciaux en tant que contrepoids au désavantage procédural résultant du défaut de communication intégrale des pièces dans des affaires de sécurité nationale, mais elle n'a jamais été appelée à se prononcer sur la question de la compatibilité de pareille procédure avec l'article 5 § 4 ou l'article 6 de la Convention. (...)

« 216. La Cour partira du constat opéré par les juridictions internes – auquel elle déclare souscrire – selon lequel les visées et menées du réseau Al-Qaida avaient créé un « *danger public menaçant la vie de la nation* » pendant la période où les requérants ont été détenus. Il convient donc de garder à l'esprit que, à l'époque pertinente, on considérerait que la protection de la population du Royaume-Uni contre un attentat terroriste était une nécessité pressante et qu'un intérêt public éminent s'attachait à la collecte d'informations sur Al-Qaida et ses complices ainsi qu'à la dissimulation des sources d'où elles étaient tirées, bien que le Royaume-Uni n'eût pas dérogé à l'article 5 § 4 (à cet égard, voir aussi *Fox, Campbell et Hartley*, précité, § 39) ;

« 217. Toutefois, ces importants intérêts publics se heurtaient au droit des requérants à une procédure équitable au titre de l'article 5 § 4. Bien que la Cour ait conclu que l'incarcération des intéressés – sauf celle des deuxième et quatrième requérants – ne relève d'aucun des cas de privation de liberté énumérés aux alinéas a) à f) de l'article 5 § 1, elle estime que sa jurisprudence relative au contrôle juridictionnel de la détention provisoire est pertinente en l'espèce puisqu'elle érige aussi en pareil cas la persistance de soupçons raisonnables pesant sur le détenu en condition *sine qua non* de la légalité du maintien en détention (paragraphe 204 ci-dessus). En outre, compte tenu des circonstances de la cause et des conséquences dramatiques que la longue privation de liberté des requérants – qui paraissait, à l'époque, pouvoir être d'une durée indéfinie – a eues sur les droits fondamentaux dont ils jouissent, l'article 5 § 4 doit impliquer des garanties substantiellement identiques à celles que consacre le volet pénal de l'article 6 § 1 (*Garcia Alva c. Allemagne*, n° 23541/94, § 39, 13 février 2001 ; et voir aussi *Chahal*, précité, §§ 130-131) (...)

« 219. En tant qu'organe juridictionnel pleinement indépendant (paragraphe 91 ci-dessus) et habilité à examiner tous les éléments de preuve pertinents, tant secrets que non confidentiels, la SIAC était la mieux placée pour veiller à ce qu'aucune information ne fût inutilement dissimulée aux détenus. À cet égard, la faculté reconnue aux avocats spéciaux d'interroger les témoins à charge sur la nécessité de la confidentialité et de solliciter auprès des magistrats la divulgation d'informations complémentaires pouvait apporter un surcroît de garantie. Au vu des éléments en sa possession, la Cour n'aperçoit aucune raison de conclure que le secret a été invoqué de manière excessive et injustifiée dans le cadre des recours exercés par les intéressés ou que les refus de communication que ceux-ci se sont vu opposer n'étaient pas motivés par des raisons impérieuses.

« 220. La Cour considère en outre que la possibilité offerte aux avocats spéciaux de vérifier les preuves administrées et de plaider la cause des requérants en chambre du conseil pouvait leur conférer un rôle important susceptible de compenser la divulgation seulement partielle des éléments probatoires et l'absence d'une véritable audience, publique et contradictoire. Toutefois, les avocats spéciaux



n'étaient aptes à remplir efficacement cette fonction que si les détenus avaient reçu suffisamment d'informations sur les charges retenues contre eux pour pouvoir leur donner des instructions utiles. S'il s'agit là d'un point à examiner au cas par cas, la Cour relève que, d'une manière générale, dans l'hypothèse où les preuves auraient été divulguées dans une large mesure et où les éléments non confidentiels auraient joué un rôle décisif dans la décision rendue à l'égard d'un requérant, on ne pourrait dire que celui-ci s'est vu priver d'une occasion de contester utilement le caractère raisonnable de la conviction et des soupçons que le ministre de l'intérieur nourrissait à son égard. Dans d'autres cas, où les allégations figurant dans les éléments non confidentiels auraient été suffisamment précises bien que l'intégralité ou la majorité des éléments à charge eussent été tenus secrets, le requérant aurait pu, le cas échéant, fournir des renseignements à ses représentants ainsi qu'à l'avocat spécial, et ce dernier s'en servir pour réfuter les accusations en question sans avoir besoin de connaître le détail ou la source des éléments de preuve sur lesquels elles étaient fondées. On en trouve un exemple dans le reproche fait à plusieurs des requérants de s'être rendus dans un camp d'entraînement au terrorisme dans un endroit donné entre des dates données : par sa précision, cette allégation conférait aux intéressés la possibilité de fournir aux avocats spéciaux des éléments à décharge suffisants pour leur permettre de la contester utilement, tels que des alibis ou une autre explication à leur présence en ce lieu. En revanche, dans les cas où les éléments non confidentiels auraient consisté exclusivement en des assertions générales et où la SIAC se serait fondée uniquement ou dans une mesure déterminante sur des pièces secrètes pour approuver la délivrance d'un certificat ou maintenir les requérants en détention, il n'aurait pas été satisfait aux exigences de l'article 5 § 4.

« 221. En conséquence, la Cour doit examiner la procédure de délivrance des certificats à l'aune de ces critères pour chacun des requérants placés en détention.

« 222. Elle relève d'abord que les charges non confidentielles dirigées contre les sixième, septième, huitième, neuvième et onzième requérants renfermaient des allégations précises au sujet, par exemple, de l'achat d'équipements de télécommunication clairement identifiés, de la possession de tel ou tel document se rapportant à des terroristes présumés nommément désignés et de rencontres avec de tels terroristes présumés en des lieux et à des dates déterminés. Les allégations en question étant suffisamment circonstanciées pour permettre aux intéressés de les contester utilement, la Cour considère que les droits que les sixième, septième, huitième, neuvième et onzième requérants tirent de l'article 5 § 4 n'ont pas été violés.

« 223. Elle constate ensuite qu'il était essentiellement reproché aux premier et dixième requérants d'avoir collecté des fonds destinés à des organisations terroristes liées à Al-Qaida. Il ressort des informations non confidentielles les concernant que d'importantes sommes ont transité sur le compte bancaire du premier requérant et que le dixième a participé à des escroqueries dans le but de collecter des fonds. Toutefois, les éléments censés démontrer le lien entre l'argent recueilli et le terrorisme furent dissimulés aux deux requérants. Dans ces conditions, la Cour estime que ceux-ci n'ont pas été en mesure d'opposer une véritable contestation aux griefs qui les visaient. Partant, elle conclut que l'article 5 § 4 a été violé dans le chef des premier et dixième requérants.



« 224. Elle observe enfin que les charges non confidentielles pesant sur les troisième et cinquième requérants, principalement axées sur l'appartenance présumée des intéressés à des organisations islamistes radicales liées à Al-Qaida, avaient un caractère très général. Dans ses décisions concluant au rejet des recours formés par ces requérants, la SIAC a constaté que les éléments non confidentiels étaient dépourvus de contenu et que les éléments qu'elle retenait contre eux figuraient pour l'essentiel dans des documents secrets. Ici encore, la Cour estime que les intéressés n'ont pas été en mesure de contester utilement les allégations formulées contre eux. Elle en conclut que l'article 5 § 4 a été violé dans le chef des troisième et cinquième requérants ».

**CJUE, 4 juin 2013, ZZ contre Secretary of State for the Home Dpt., aff. C-300/11.**

« La Cour a dit pour droit que :

« Les articles 30, paragraphe 2, et 31 de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, lus à la lumière de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doivent être interprétés en ce sens qu'ils exigent que le juge national compétent veille à ce que la non-divulgaration par l'autorité nationale compétente à l'intéressé des motifs précis et complets sur lesquels est fondée une décision prise en application de l'article 27 de cette directive ainsi que des éléments de preuve y afférents soit limitée au strict nécessaire et à ce que soit communiquée à l'intéressé, en tout état de cause, la substance desdits motifs d'une manière qui tienne dûment compte de la confidentialité nécessaire des éléments de preuve ».

**CEDH, Gde ch., 7 juillet 2011, Al Jedda contre Royaume-Uni, n° 27021/08.**

« 85. Interné dans un centre de détention de la ville de Bassorah contrôlé exclusivement par les forces britanniques, le requérant s'est trouvé pendant toute la durée de sa détention sous l'autorité et le contrôle du Royaume-Uni (paragraphe 10 ci-dessus ; voir également : *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [Gde ch.], n° 55721/07, § 136, CEDH 2011 ; et *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, § 88, 30 juin 2009 ; voir également l'arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis en l'affaire *Munaf v. Geren*, paragraphe 54 ci-dessus). L'internement avait été décidé par l'officier britannique qui commandait le centre de détention. Si la décision de maintenir le requérant en détention a été réexaminée à différents stades par des organes ayant en leur sein des fonctionnaires irakiens et des représentants non britanniques de la force multinationale, la Cour estime que ces procédures de contrôle n'ont pas eu pour effet d'empêcher l'imputation au Royaume-Uni de la détention en question.

« 86. En conclusion, la Cour considère, avec la majorité de la Chambre des lords, que l'internement du requérant est imputable au Royaume-Uni et que, pendant la durée de sa détention, l'intéressé s'est retrouvé sous la juridiction de ce pays au sens de l'article 1 de la Convention (...)



« 109. En définitive, la Cour considère donc que la Résolution 1546 du Conseil de sécurité, en son paragraphe 10, autorisait le Royaume-Uni à prendre des mesures pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité en Irak, mais que ni cette résolution ni aucune autre résolution adoptée ultérieurement par le Conseil de sécurité n'imposait expressément ou implicitement au Royaume-Uni d'incarcérer, sans limitation de durée ni inculpation, un individu qui, selon les autorités, constituait un risque pour la sécurité en Irak. En l'absence d'obligation contraignante de recourir à l'internement, il n'y avait aucun conflit entre les obligations imposées au Royaume-Uni par la Charte des Nations Unies et celles découlant de l'article 5 § 1 de la Convention ».

**CEDH, plénière, 26 avril 1979, *Sunday Times contre Royaume-Uni*, n° 6538/74.**

« 65. (...) La Cour en arrive par là aux circonstances entourant l'affaire de la thalidomide et le prononcé de l'interdiction.

« Ainsi que l'a relevé l'arrêt *Handyside*, la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique; sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (article 10-2), elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population (paragraphe 49).

« Ces principes revêtent une importance spéciale pour la presse. Ils s'appliquent également au domaine de l'administration de la justice, laquelle sert les intérêts de la collectivité tout entière et exige la coopération d'un public éclairé. On s'accorde en général à penser que les tribunaux ne sauraient fonctionner dans le vide. Ils ont compétence pour régler les différends, mais il n'en résulte point qu'auparavant ceux-ci ne puissent donner lieu à discussion ailleurs, que ce soit dans des revues spécialisées, la grande presse ou le public en général. En outre, si les médias ne doivent pas franchir les bornes fixées aux fins d'une bonne administration de la justice il leur incombe de communiquer des informations et des idées sur les questions dont connaissent les tribunaux tout comme sur celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public. À leur fonction consistant à en communiquer s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir (*cf.*, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, du 7 décembre 1976, série A, n° 23, paragraphe 52).

« Pour apprécier si l'ingérence incriminée se fondait sur des motifs « *suffisants* » qui la rendaient « *nécessaire dans une société démocratique* », il faut donc tenir compte de tout aspect de l'affaire relevant de l'intérêt public. La Cour note à cet égard que certains des *Law Lords*, après avoir pesé les intérêts concurrents en jeu, ont formulé une règle absolue selon laquelle il est illicite de préjuger de questions dont la justice est saisie : le droit souffrirait d'un excès d'incertitude si l'on consultait à nouveau la balance dans chaque cas (paragraphe 29, 32 et 33 ci-dessus). Tout en soulignant qu'elle n'a point pour tâche de se prononcer sur une interprétation du droit anglais adoptée au sein de la Chambre des Lords (*cf.*, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Ringeisen* du 16 juillet 1971, série A n° 13, paragraphe 97), la Cour relève qu'elle doit suivre une démarche différente. Elle ne se trouve pas devant un choix entre deux principes antinomiques, mais devant un principe – la liberté d'expression – assorti d'exceptions qui appellent une interprétation étroite (*cf.*, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Klass et autres* du 6 septembre 1978, série A n° 28, p. 21, paragraphe 42).



En second lieu, le contrôle qu'elle exerce sur le terrain de l'article 10 (art. 10) porte tant sur la loi de base que sur la décision l'appliquant (arrêt *Handyside*, p. 23, paragr. 49). Il ne suffit pas que l'ingérence dont il s'agit se classe parmi celle des exceptions énumérées à l'article 10 paragraphe 2 (art. 10-2) que l'on a invoquée ; il ne suffit pas davantage qu'elle ait été imposée parce que son objet se rangeait dans telle catégorie ou tombait sous le coup d'une règle juridique formulée en termes généraux ou absolus : la Cour doit s'assurer qu'il était nécessaire d'y recourir eu égard aux faits et circonstances de la cause précise pendante devant elle.

« 66. La catastrophe de la thalidomide préoccupait sans conteste le public. Elle soulevait le point de savoir si la puissante société qui avait distribué ce produit pharmaceutique avait engagé sa responsabilité, juridique ou morale, envers des centaines d'individus vivant une horrible tragédie personnelle ou si les victimes ne pouvaient exiger ou espérer une indemnité que de la collectivité tout entière ; elle posait des questions fondamentales de prévention et réparation des dommages résultant de découvertes scientifiques et obligeait à reconsidérer beaucoup d'aspects du droit en vigueur dans ces matières.

« L'article 10 (art. 10), la Cour l'a déjà noté, garantit non seulement à la presse la liberté d'informer le public, mais aussi à ce dernier le droit à des informations adéquates (paragraphe 65 ci-dessus).

« En l'espèce les familles de nombreuses victimes du désastre, ignorantes des difficultés juridiques qui surgissaient, avaient un intérêt fondamental à connaître chacun des faits sous-jacents et les diverses solutions possibles. Elles ne pouvaient être privées de ces renseignements, pour elles d'importance capitale, que s'il apparaissait en toute certitude que leur diffusion aurait menacé l'« autorité du pouvoir judiciaire ».

« Appelée à mettre en balance les intérêts en présence et à en évaluer le poids respectif, la Cour constate ce qui suit:

« En septembre 1972 l'affaire se trouvait, selon les termes des requérants, dans un « *cocon juridique* » depuis des années et il était, pour le moins, fort douteux que les actions des parents atteindraient le stade des plaidoiries. Il n'y avait pas eu non plus d'enquête publique (paragraphe 14 ci-dessus).

« Gouvernement et minorité de la Commission soulignent que la discussion des « problèmes plus vastes », par exemple les principes du droit anglais de la négligence, ne se heurtait, elle, à aucune prohibition. De larges échanges de vues se déroulèrent bien dans des milieux divers, surtout après mais aussi avant la décision initiale de la *Divisional Court* (paragraphes 11, 12 et 14 ci-dessus). La Cour estime pourtant assez artificiel d'essayer de distinguer entre les problèmes « plus vastes » et celui de la négligence. La question de savoir où se situe la responsabilité réelle de pareil drame relève également de l'intérêt public.

« À la vérité, si l'article du *Sunday Times* avait paru à l'époque la *Distillers* aurait pu se sentir obligée de développer au grand jour, et avant tout jugement, ses arguments sur les faits de la cause (paragraphe 63 ci-dessus), mais ceux-ci ne cessaient pas de ressortir à l'intérêt public par cela seul qu'ils formaient le contexte d'un litige en instance. En mettant en lumière certains d'entre eux, l'article aurait pu servir de frein à des controverses spéculatives entre esprits mal informés.





« 67. Eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause et sur la base de la démarche définie au paragraphe 65 ci-dessus, la Cour conclut que l'ingérence incriminée ne correspondait pas à un besoin social assez impérieux pour primer l'intérêt public s'attachant à la liberté d'expression au sens où l'entend la Convention. Elle n'estime donc pas suffisants, sous l'angle de l'article 10 paragraphe 2 (art. 10-2), les motifs de la restriction imposée aux requérants. Celle-ci se révèle non proportionnée au but légitime poursuivi; elle n'était pas nécessaire, dans une société démocratique, pour garantir l'autorité du pouvoir judiciaire ».

**CJUE, 25 mai 2016, *Rudolfs Meroni contre Recoletos Limited*, aff. C-559/14.**

« 35 Par ses questions, qu'il y a lieu d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 34, point 1, du règlement n° 44/2001, lu à la lumière de l'article 47 de la Charte, doit être interprété en ce sens que, dans des circonstances telles que celles en cause dans l'affaire au principal, la reconnaissance et l'exécution d'une ordonnance rendue par une juridiction d'un État membre, qui a été prononcée sans qu'un tiers dont les droits sont susceptibles d'être affectés par cette ordonnance ait été entendu, doivent être considérées comme étant manifestement contraires à l'ordre public de l'État membre requis et au droit à un procès équitable au sens de ces dispositions.

« 36 Afin de répondre à ces questions, il convient de déterminer si le fait que M. Meroni n'ait pas été entendu par la *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court)* [Haute Cour de justice (Angleterre et pays de Galles), division du Queen's Bench (chambre commerciale)], avant l'adoption, par cette dernière, de l'ordonnance litigieuse, est susceptible de constituer une atteinte à l'ordre public de l'État dont les juridictions ont été appelées à reconnaître et à exécuter cette ordonnance.

« 37 Il importe de rappeler que l'ordonnance litigieuse, qui fait l'objet d'une demande de reconnaissance et d'exécution, vise le gel d'un certain nombre d'actifs à titre conservatoire dont le but consiste à éviter que l'une des parties ne les soustraie à la disposition ultérieure de l'autre partie. Cette ordonnance vise ainsi également un certain nombre de tiers, comme le requérant au principal, qui jouissent de droits liés auxdits actifs.

« 38 En ce qui concerne la notion d'« ordre public » énoncée à l'article 34, point 1, du règlement n° 44/2001, la Cour a jugé, au point 55 de son arrêt du 28 avril 2009, *Apostolides* (aff. C-420/07), que cette disposition doit recevoir une interprétation stricte en ce qu'elle constitue un obstacle à la réalisation de l'un des objectifs fondamentaux de ce règlement et qui ne doit jouer que dans des cas exceptionnels.

« 39 Si les États membres restent, en principe, libres de déterminer, en vertu de la réserve inscrite à l'article 34, point 1, du règlement n° 44/2001, conformément à leurs conceptions nationales, les exigences de leur ordre public, les limites de cette notion relèvent de l'interprétation de ce règlement (voir arrêt du 28 avril 2009, *Apostolides*, aff. C-420/07, point 56 et jurisprudence citée).

« 40 Dès lors, s'il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un État membre, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État membre peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'un autre État membre (voir arrêt du 28 avril 2009, *Apostolides*, aff. C-420/07, point 57 et jurisprudence citée).





« 41 À cet égard, il convient de rappeler que, en prohibant la révision au fond de la décision étrangère, les articles 36 et 45, paragraphe 2, du règlement n° 44/2001 interdisent au juge de l'État membre requis de refuser la reconnaissance ou l'exécution de cette décision au seul motif qu'une divergence existerait entre la règle de droit appliquée par le juge de l'État membre d'origine et celle qu'aurait appliquée le juge de l'État membre requis s'il avait été saisi du litige. De même, le juge de l'État membre requis ne saurait contrôler l'exactitude des appréciations de droit ou de fait qui ont été portées par le juge de l'État membre d'origine (voir : arrêt du 28 avril 2009, *Apostolides*, aff. C-420/07, point 58 et jurisprudence citée).

« 42 Par conséquent, un recours à l'exception d'ordre public, prévue à l'article 34, point 1, du règlement n° 44/2001, n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre État membre heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État membre requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental. Afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, l'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État membre requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique (voir : arrêt du 28 avril 2009, *Apostolides*, aff. C-420/07, point 59 et jurisprudence citée).

« 43 La juridiction de renvoi s'interrogeant sur l'incidence de l'article 47 de la Charte en ce qui concerne l'interprétation de l'article 34, point 1, du règlement n° 44/2001 au regard de la demande de reconnaissance et d'exécution de l'ordonnance litigieuse, il y a lieu de rappeler que le champ d'application de la Charte, pour ce qui est de l'action des États membres, est défini à l'article 51, paragraphe 1, de celle-ci, aux termes duquel les dispositions de la Charte s'adressent aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union (voir : arrêt du 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, point 17).

« 44 Une juridiction nationale mettant en œuvre le droit de l'Union en appliquant le règlement n° 44/2001 doit donc se conformer aux exigences découlant de l'article 47 de la Charte aux termes duquel toute personne dont les droits et les libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a le droit à une protection juridictionnelle effective.

« 45 En outre, la Cour a souligné que les dispositions du droit de l'Union, telles que celles du règlement n° 44/2001, doivent être interprétées à la lumière des droits fondamentaux qui, selon une jurisprudence constante, font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect et qui sont désormais inscrits dans la Charte. À cet égard, l'ensemble des dispositions du règlement n° 44/2001 expriment l'intention de veiller à ce que, dans le cadre des objectifs de celui-ci, les procédures menant à l'adoption de décisions judiciaires se déroulent dans le respect des droits de la défense consacrés à l'article 47 de la Charte (v. : arrêt du 11 septembre 2014, *A. c. B. e. a.*, aff. C-112/13, point 51 et jurisprudence citée).

« 46 En particulier, s'agissant du point de savoir dans quelles circonstances le fait qu'une décision d'une juridiction d'un État membre ait été rendue en violation de garanties d'ordre procédural peut constituer un motif de refus de reconnaissance au titre de l'article 34, point 1, du règlement n° 44/2001, la Cour a jugé que la clause de l'ordre public prévue à cette disposition ne serait appelée à jouer que



dans la mesure où une telle atteinte impliquerait que la reconnaissance de la décision concernée dans l'État membre requis entraînerait la violation manifeste d'une règle de droit essentielle dans l'ordre juridique de l'Union et donc dudit État membre (voir : arrêt du 16 juillet 2015, *Diageo Brands*, aff. C-681/13, point 50).

« 47 Il convient de relever également que le régime de reconnaissance et d'exécution prévu par les dispositions du règlement n° 44/2001 est fondé sur la confiance réciproque dans la justice au sein de l'Union. C'est cette confiance que les États membres accordent mutuellement à leurs systèmes juridiques et à leurs institutions judiciaires qui permet de considérer que, en cas d'application erronée du droit national ou du droit de l'Union, le système des voies de recours mis en place dans chaque État membre, complété par le mécanisme du renvoi préjudiciel prévu à l'article 267 du TFUE, fournit aux justiciables une garantie suffisante (voir : arrêt du 16 juillet 2015, *Diageo Brands*, aff. C-681/13, point 63).

« 48 En effet, le règlement n° 44/2001 repose sur l'idée fondamentale selon laquelle les justiciables sont tenus, en principe, d'utiliser toutes les voies de recours ouvertes par le droit de l'État membre d'origine. Sauf circonstances particulières rendant trop difficile ou impossible l'exercice des voies de recours dans l'État membre d'origine, les justiciables doivent faire usage dans cet État membre de toutes les voies de recours disponibles afin d'empêcher en amont une violation de l'ordre public (voir : arrêt du 16 juillet 2015, *Diageo Brands*, aff. C-681/13, point 64).

« 49 Dans l'affaire au principal, il ressort de la décision de renvoi que l'ordonnance litigieuse ne déploie pas d'effets juridiques à l'encontre d'un tiers avant qu'il n'en ait été informé et qu'il incombe aux parties requérantes qui cherchent à se prévaloir de celle-ci de veiller à ce que cette ordonnance soit dûment notifiée au tiers visé et de prouver que la notification a effectivement eu lieu. En outre, lorsque cette même ordonnance lui a été notifiée, un tiers qui n'était pas partie à la procédure devant la juridiction de l'État d'origine peut introduire devant celle-ci un recours contre ladite ordonnance et demander que cette dernière soit modifiée ou annulée.

« 50 Ce régime de protection juridictionnelle reflète les exigences posées par la Cour dans son arrêt du 2 avril 2009, *Gambazzi* (aff. C-394/07, points 42 et 44), en ce qui concerne les garanties procédurales assurant à tout tiers concerné une possibilité effective de contester une mesure adoptée par la juridiction de l'État d'origine. Il en résulte que ledit régime ne saurait être considéré comme étant de nature à enfreindre l'article 47 de la Charte.

« 51 Il y a lieu de rappeler également que la Cour a jugé, dans l'arrêt du 23 avril 2009, *Draka NK Cables e. a.* (aff. C-167/08, point 31), que le créancier d'un débiteur ne peut pas introduire un recours contre une décision sur une demande de déclaration de force exécutoire s'il n'est pas formellement intervenu comme partie au procès dans le litige dans le cadre duquel un autre créancier de ce débiteur a demandé cette déclaration de force exécutoire.

« 52 En effet, si la juridiction de l'État membre requis pouvait apprécier l'existence d'éventuels droits qu'un tiers, qui n'est pas impliqué dans la procédure engagée devant la juridiction de l'État d'origine, fait valoir à l'encontre de la reconnaissance et de l'exécution de la décision étrangère, ladite juridiction pourrait être amenée à examiner le bien-fondé de cette décision.



« 53 Il s'ensuit que l'argumentation avancée par M. Meroni devant la juridiction de renvoi est susceptible d'amener cette dernière à effectuer un examen qui serait manifestement contraire aux articles 36 et 45, paragraphe 2, du règlement n° 44/2001 aux termes desquels en aucun cas la décision étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

« 54 Eu égard à l'ensemble des éléments qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que l'article 34, point 1, du règlement n° 44/2001, lu à la lumière de l'article 47 de la Charte, doit être interprété en ce sens que, dans des circonstances telles que celles en cause dans l'affaire au principal, la reconnaissance et l'exécution d'une ordonnance rendue par une juridiction d'un État membre, qui a été prononcée sans qu'un tiers dont les droits sont susceptibles d'être affectés par cette ordonnance ait été entendu, ne sauraient être considérées comme étant manifestement contraires à l'ordre public de l'État membre requis et au droit à un procès équitable au sens de ces dispositions, dans la mesure où il lui est possible de faire valoir ses droits devant cette juridiction ».

**CJUE, 15 février 2016, J. N. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, aff. C-601/15 PPU.**

« 43 Par sa question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande, en substance, à la Cour d'examiner la validité de l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive 2013/33 au regard de l'article 6 de la Charte.

« 44 Il ressort du dossier que les motifs pour lesquels le requérant au principal a été placé en rétention tiennent notamment aux infractions qu'il a commises sur le territoire néerlandais ainsi qu'au fait qu'il a fait l'objet d'une décision de quitter ce territoire, assortie d'une interdiction d'entrée, devenues définitives. La juridiction de renvoi se réfère à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 5, paragraphe 1, sous f), de la CEDH, notamment à l'arrêt *Nabil et autres c. Hongrie* (§ 38)<sup>301</sup>, qu'il convient de prendre en considération en vertu de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte aux fins de l'interprétation de l'article 6 de celle-ci. Selon cette jurisprudence, la rétention d'un demandeur d'asile serait contraire à cette disposition de la CEDH lorsqu'elle n'est pas ordonnée à des fins d'éloignement.

« 45 À titre liminaire, il convient de rappeler que si, comme le confirme l'article 6, paragraphe 3, du TUE, les droits fondamentaux reconnus par la CEDH font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux et si l'article 52, paragraphe 3, de la Charte dispose que les droits contenus dans celle-ci correspondant à des droits garantis par la CEDH ont le même sens et la même portée que ceux que leur confère ladite convention, cette dernière ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union (arrêts *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, point 44 ; et *Inuit Tapiriit Kanatami e. a. c. Commission*, aff. C-398/13 P, point 45).

« 46 Ainsi, l'examen de la validité de l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive 2013/33 doit être opéré au regard uniquement des droits fondamentaux garantis par la Charte (voir en ce sens : arrêts *Otis e. a.*, aff. C-199/11, point 47 et *Inuit Tapiriit Kanatami e. a. c. Commission*, aff. C-398/13 P, point 46).

301 CEDH, 22 septembre 2015, *Nabil e. a. c. Hongrie*, n° 62116/12.



« 47 À cet égard, il ressort des explications relatives à l'article 6 de la Charte, lesquelles, conformément à l'article 6, paragraphe 1, troisième alinéa, du TUE et à l'article 52, paragraphe 7, de la Charte, doivent être prises en considération en vue de son interprétation (voir en ce sens : arrêts *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, point 20 et *Spasic*, aff. C-129/14 PPU, point 54), que les droits prévus à l'article 6 de la Charte correspondent à ceux garantis par l'article 5 de la Convention EDH et que les limitations qui peuvent légitimement être apportées à l'exercice des droits consacrés à la première de ces dispositions ne peuvent excéder celles autorisées par la Convention EDH dans le libellé même de la seconde de ces dispositions. Toutefois, les explications afférentes à l'article 52 de la Charte indiquent que le paragraphe 3 de cet article vise à assurer la cohérence nécessaire entre la Charte et la Convention EDH, « *sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne* ».

« 48 Par ailleurs, selon un principe général d'interprétation, un acte de l'Union doit être interprété, dans la mesure du possible, d'une manière qui ne remet pas en cause sa validité et en conformité avec l'ensemble du droit primaire et, notamment, avec les dispositions de la Charte (arrêts : *Mc Donagh*, aff. C-12/11, point 44 ; et réexamen *Commission c. Strack*, aff. C-579/12 RX-II, point 40).

« 49 En autorisant le placement en rétention d'un demandeur lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige, l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive 2013/33 prévoit une limitation de l'exercice du droit à la liberté consacré à l'article 6 de la Charte.

« 50 Or, conformément à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, toute limitation de l'exercice des droits et des libertés reconnus par celle-ci doit être prévue par la loi et respecter leur contenu essentiel. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées à l'exercice de ces droits et de ces libertés que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et des libertés d'autrui.

« 51 À cet égard, il convient de relever que, la limitation en cause procédant d'une directive qui constitue un acte législatif de l'Union, cette limitation est prévue par la loi.

« 52 En outre, l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive 2013/33 n'affecte pas le contenu essentiel du droit à la liberté consacré à l'article 6 de la Charte. En effet, cette disposition ne remet pas en cause la garantie de ce droit et, ainsi qu'il ressort du libellé de ladite disposition et du considérant 15 de cette directive, elle ne confère aux États membres le pouvoir de placer un demandeur en rétention qu'en raison de son comportement individuel et dans les circonstances exceptionnelles visées à cette même disposition, ces circonstances étant par ailleurs encadrées par l'ensemble des conditions figurant aux articles 8 et 9 de ladite directive.

« 53 La protection de la sécurité nationale et de l'ordre public constituant l'objectif poursuivi par l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive 2013/33, il doit être constaté qu'une mesure de rétention trouvant son fondement dans cette disposition répond effectivement à un objectif d'intérêt



général reconnu par l'Union. Au demeurant, la protection de la sécurité nationale et de l'ordre public contribue également à la protection des droits et des libertés d'autrui. À cet égard, l'article 6 de la Charte énonce le droit de toute personne non seulement à la liberté, mais également à la sûreté (voir en ce sens : arrêt Gde ch., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland e. a.*, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, point 42).

« 54 S'agissant de la proportionnalité de l'ingérence constatée, il convient de rappeler que le principe de proportionnalité exige, selon une jurisprudence constante de la Cour, que les actes des institutions de l'Union ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que les inconvénients causés par celle-ci ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés (voir en ce sens : arrêts *Afton Chemical*, aff. C-343/09, point 45, *Nelson e. a.* et *TUI Travel e. a.*, aff. jointes C-581/10 et C-629/10, point 71, et *Sky Österreich*, aff. C-283/11, point 50).

« 55 À cet égard, le placement en rétention d'un demandeur lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige est, par sa nature même, une mesure apte à protéger le public du danger que peut constituer le comportement d'une telle personne et est ainsi susceptible de réaliser l'objectif poursuivi par l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive 2013/33.

« 56 Quant au caractère nécessaire du pouvoir, conféré aux États membres par cette disposition, de placer un demandeur en rétention pour des motifs liés à la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public, il y a lieu de souligner que, eu égard à l'importance du droit à la liberté consacré à l'article 6 de la Charte et à la gravité de l'ingérence que constitue une telle mesure de rétention dans ce droit, les limitations de l'exercice de celui-ci doivent s'opérer dans les limites du strict nécessaire (voir par analogie, en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée : arrêt Gde ch., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland e. a.*, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, point 52).

« 57 À cet égard, il ressort tant du libellé et du contexte que de la genèse de l'article 8 de la directive 2013/33 que la possibilité, prévue au paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de cet article, de placer en rétention un demandeur pour des raisons tirées de la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public est soumise au respect d'un ensemble de conditions ayant pour objectif d'encadrer strictement le recours à une telle mesure.

« 58 En effet, premièrement, il résulte des termes mêmes de l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive 2013/33 qu'un demandeur ne peut être placé en rétention que lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'« exige ».

« 59 Par ailleurs, il convient de souligner que l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, de la directive 2013/33 énumère de manière exhaustive les différents motifs, au nombre desquels figure celui tiré de la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public, susceptibles de justifier un placement en rétention et que chacun de ces motifs répond à un besoin spécifique et revêt un caractère autonome.

« 60 L'article 8, paragraphe 3, second alinéa, de la directive 2013/33 dispose en outre que les motifs du placement en rétention sont définis par le droit national.



À cet égard, il convient de rappeler que, lorsque les dispositions d'une directive laissent aux États membres une marge d'appréciation pour définir des mesures de transposition qui soient adaptées aux différentes situations envisageables, il leur incombe, lors de la mise en œuvre de ces mesures, non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme à la directive dont il s'agit, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celle-ci qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit de l'Union (voir en ce sens : arrêts *Promusicae*, aff. C-275/06, point 68 et *N. S. e. a.*, aff. jointes C-411/10 et C-493/10, point 77).

« 61 Deuxièmement, les autres paragraphes de l'article 8 de la directive 2013/33 apportent, ainsi que l'indiquent les considérants 15 et 20 de cette directive, des limitations importantes au pouvoir conféré aux États membres de procéder à un placement en rétention. Il ressort en effet de l'article 8, paragraphe 1, de ladite directive que les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle a présenté une demande de protection internationale. En outre, l'article 8, paragraphe 2, de cette même directive exige qu'une rétention ne puisse être ordonnée que lorsque cela s'avère nécessaire et sur la base d'une appréciation au cas par cas, si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être efficacement appliquées. L'article 8, paragraphe 4, de la directive 2013/33 prévoit que les États membres veillent à ce que leur droit national fixe les règles relatives aux alternatives au placement en rétention, telles que l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, le dépôt d'une garantie financière ou l'obligation de demeurer dans un lieu déterminé.

« 62 De même, l'article 9, paragraphe 1, de la directive 2013/33 dispose qu'un demandeur n'est placé en rétention que pour une durée la plus brève possible et tant que les motifs énoncés à l'article 8, paragraphe 3, de cette directive sont applicables. Par ailleurs, la décision de placement en rétention est soumise au respect d'importantes garanties procédurales et juridictionnelles. Ainsi, conformément à l'article 9, paragraphes 2 et 4, de ladite directive, cette décision doit indiquer par écrit les motifs de fait et de droit sur lesquels elle est basée, et un certain nombre d'informations doivent être communiquées au demandeur dans une langue qu'il comprend ou dont on peut raisonnablement penser qu'il la comprend. Quant à l'article 9, paragraphes 3 et 5, de cette même directive, il précise les modalités du contrôle juridictionnel de la légalité du placement en rétention que les États membres doivent mettre en place.

« 63 Troisièmement, il ressort du titre 3, point 4, de l'exposé des motifs de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres [COM(2008) 815 final], à l'origine de la directive 2013/33, que le motif de rétention tiré de la protection de la sécurité nationale et de l'ordre public, de même que les trois autres motifs contenus dans cette proposition et qui seront ultérieurement repris à l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous a) à c), de cette directive, repose sur la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative aux mesures de détention des demandeurs d'asile, du 16 avril 2003, ainsi que sur les principes directeurs du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile, du 26 février 1999. Il ressort notamment des points 4.1 et 4.2



de ces principes directeurs, dans leur version adoptée au cours de l'année 2012, que, d'une part, la rétention constitue une mesure exceptionnelle qui ne peut être justifiée que dans un but légitime et que trois raisons, généralement conformes au droit international, à savoir l'ordre public, la santé publique et la sécurité nationale, pourraient rendre la rétention nécessaire dans un cas individuel. D'autre part, le recours à la rétention ne doit être utilisé qu'en dernier ressort, lorsqu'il est établi qu'elle est nécessaire, raisonnable et proportionnelle à un but légitime.

« 64 Il convient d'ajouter que l'encadrement strict auquel est soumis le pouvoir reconnu aux autorités nationales compétentes de placer en rétention un demandeur, sur le fondement de l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive 2013/33, est également assuré par l'interprétation dont font l'objet, dans la jurisprudence de la Cour, les notions de « sécurité nationale » et d'« ordre public » figurant dans d'autres directives et qui s'applique également s'agissant de la directive 2013/33.

« 65 La Cour a ainsi jugé que la notion d'« ordre public » suppose, en tout état de cause, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société (arrêts *Zh. et O.*, aff. C-554/13, point 60 et jurisprudence citée s'agissant de l'article 7 paragraphe 4 de la directive 2008/115 et *T.*, aff. C-373/13, point 79 et jurisprudence citée s'agissant des articles 27 et 28 de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE [JO L 158, p. 77, et rectificatifs JO 2004, L 229, p. 35, et JO 2005, L 197, p. 34]).

« 66 Quant à la notion de « sécurité publique », il ressort de la jurisprudence de la Cour que cette notion couvre la sécurité intérieure d'un État membre et sa sécurité extérieure et que, partant, l'atteinte au fonctionnement des institutions et des services publics essentiels ainsi que la survie de la population, de même que le risque d'une perturbation grave des relations extérieures ou de la coexistence pacifique des peuples, ou encore l'atteinte aux intérêts militaires, peuvent affecter la sécurité publique (voir en ce sens : arrêt *Tsakouridis*, aff. C-145/09, points 43 et 44).

« 67 Une atteinte à la sécurité nationale ou à l'ordre public ne saurait donc justifier, au regard de l'exigence de nécessité, le placement ou le maintien en rétention d'un demandeur sur la base de l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive 2013/33 qu'à la condition que son comportement individuel représente une menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société ou la sécurité intérieure ou extérieure de l'État membre concerné (voir en ce sens : arrêt *T.*, aff. C-373/13, points 78 et 79).

« 68 L'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive ne s'avère pas non plus démesuré par rapport aux buts visés. À cet égard, il y a lieu de souligner que cette disposition procède d'une pondération équilibrée entre l'objectif d'intérêt général poursuivi, à savoir la protection de la sécurité nationale et de l'ordre public, d'une part, et l'ingérence dans le droit à la liberté occasionnée par une mesure de rétention, d'autre part (voir, par analogie : arrêt *Volker und Markus Schecke et H. Eifert*, aff. jointes C-92/09 et C-93/09, points 72 et 77).





« 69 En effet, une telle disposition ne saurait fonder des mesures de rétention sans que les autorités nationales compétentes aient préalablement vérifié, au cas par cas, si le danger que les personnes concernées font courir à la sécurité nationale ou à l'ordre public correspond au moins à la gravité de l'ingérence que constitueraient de telles mesures dans le droit à la liberté de ces personnes.

« 70 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de conclure que le législateur de l'Union, en adoptant l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive 2013/33, a respecté le juste équilibre entre, d'une part, le droit à la liberté du demandeur et, d'autre part, les exigences afférentes à la protection de la sécurité nationale et de l'ordre public.

« 71 En ce qui concerne l'application des exigences découlant en particulier du principe de proportionnalité dans le contexte d'une affaire telle que celle au principal, et afin de donner une réponse complète à la juridiction de renvoi, il convient de relever que, selon les indications de la juridiction de renvoi, reproduites aux points 30 et 44 du présent arrêt, les motifs du placement en rétention du requérant au principal tiennent, essentiellement, aux infractions qu'il a commises sur le territoire néerlandais ainsi qu'au fait qu'il a fait l'objet d'une décision de quitter ce territoire, assortie d'une interdiction d'entrée d'une durée de dix ans, devenues définitives.

« 72 S'agissant, tout d'abord, de cette dernière circonstance, il convient de relever que, en vertu de l'article 11, paragraphe 2, de la directive 2008/115, la durée d'une interdiction d'entrée, qui est fixée en tenant dûment compte de toutes les circonstances propres à chaque cas, ne dépasse pas cinq ans en principe. Toutefois, selon cette même disposition, cette durée peut dépasser cinq ans si la personne concernée constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale.

« 73 Dans ces conditions, les raisons ayant conduit les autorités nationales à considérer que le comportement individuel du requérant au principal constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale, au sens de l'article 11, paragraphe 2, de la directive 2008/115, sont également susceptibles de justifier un placement en rétention pour des motifs tirés de la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public, au sens de l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive 2013/33. Il importe toutefois de vérifier qu'un tel placement a été ordonné dans le strict respect du principe de proportionnalité et que ces raisons sont toujours valables.

« 74 Quant à la circonstance selon laquelle le requérant au principal, après avoir fait l'objet d'une injonction de quitter le territoire néerlandais ainsi que d'une interdiction d'entrée d'une durée de dix ans, a introduit une nouvelle demande de protection internationale, elle ne fait pas obstacle à l'adoption, à son égard, d'une mesure de rétention fondée sur l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive 2013/33. En effet, une telle rétention n'a pas pour conséquence d'enlever au demandeur le droit de rester dans l'État membre au titre de l'article 9, paragraphe 1, de la directive 2013/32, aux seules fins de la procédure de protection internationale, jusqu'à ce que l'autorité responsable se soit prononcée en première instance sur sa demande de protection internationale.





« 75 S'agissant de l'indication de la juridiction de renvoi selon laquelle, en vertu de sa propre jurisprudence, l'introduction d'une demande d'asile par une personne faisant l'objet d'une procédure de retour a pour effet de rendre caduque de plein droit toute décision de retour qui aurait précédemment été adoptée dans le contexte de cette procédure, il importe de souligner que, en tout état de cause, l'effet utile de la directive 2008/115 exige qu'une procédure ouverte au titre de cette directive, dans le cadre de laquelle une décision de retour, le cas échéant assortie d'une interdiction d'entrée, a été adoptée, puisse être reprise au stade où elle a été interrompue en raison du dépôt d'une demande de protection internationale dès que cette demande a été rejetée en première instance. En effet, les États membres sont tenus de ne pas compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par cette dernière directive, à savoir l'instauration d'une politique efficace d'éloignement et de rapatriement des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (voir en ce sens : arrêt *El Dridi*, aff. C-61/11 PPU, point 59).

« 76 À cet égard, il résulte tant du devoir de loyauté des États membres, découlant de l'article 4, paragraphe 3, du TUE et rappelé au point 56 de l'arrêt *El Dridi* (aff. C-61/11 PPU), que des exigences d'efficacité énoncées notamment au considérant 4 de la directive 2008/115 que l'obligation imposée aux États membres par l'article 8 de cette directive de procéder, dans les hypothèses visées au paragraphe 1 de cet article, à l'éloignement doit être remplie dans les meilleurs délais (voir en ce sens : arrêt *Achughbadian*, aff. C-329/11, points 43 et 45). Or, cette obligation ne serait pas respectée si l'éloignement se trouvait retardé en raison du fait que, après le rejet en première instance de la demande de protection internationale, une procédure telle que celle décrite au point précédent doit être reprise non au stade où elle a été interrompue, mais à son début.

« 77 Enfin, il y a lieu de rappeler que, dans la mesure où la Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention EDH, l'article 52, paragraphe 3, de la Charte prévoit que leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite Convention. Il convient donc de tenir compte de l'article 5, paragraphe 1, de la Convention EDH en vue de l'interprétation de l'article 6 de la Charte. Or en adoptant l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive 2013/33, le législateur de l'Union n'a pas méconnu le niveau de protection offert par l'article 5, paragraphe 1, sous f), second membre de phrase, de la Convention EDH.

« 78 En effet, ainsi que l'indique le libellé de cette dernière disposition, celle-ci autorise la rétention régulière d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. À cet égard, si la Cour européenne des droits de l'homme a jugé, dans l'arrêt *Nabil e. a. c. Hongrie*, précité (§ 29), qu'une privation de liberté fondée sur ladite disposition ne peut être justifiée que lorsqu'une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours et que, dans le cas où cette procédure n'est pas menée avec la diligence requise, la détention cesse d'être justifiée au regard de cette même disposition, cet arrêt n'a pas exclu la possibilité pour un État membre de procéder, dans le respect des garanties qu'elle prévoit, au placement en rétention du ressortissant d'un pays tiers à l'encontre duquel une décision de retour assortie d'une interdiction d'entrée a été prise avant le dépôt d'une demande de protection internationale.



« 79 La Cour européenne des droits de l'homme a également précisé que l'existence d'une procédure d'asile en cours n'implique pas par elle-même que la rétention d'une personne ayant introduit une demande d'asile n'est plus mise en œuvre « en vue d'une expulsion », puisqu'un éventuel rejet de cette demande peut ouvrir la voie à l'exécution des mesures d'éloignement déjà décidées (CEDH, 22 septembre 2015, *Nabil e. a. c. Hongrie*, précité, § 38).

« 80 C'est ainsi que, comme il a été constaté aux points 75 et 76 du présent arrêt, une procédure ouverte au titre de la directive 2008/115, dans le cadre de laquelle une décision de retour, le cas échéant assortie d'une interdiction d'entrée, a été adoptée, doit être reprise au stade où elle a été interrompue en raison du dépôt d'une demande de protection internationale dès que cette demande a été rejetée en première instance, de telle sorte qu'une telle procédure est toujours « en cours », au sens de l'article 5, paragraphe 1, sous f), second membre de phrase, de la Convention EDH.

« 81 Il convient encore de souligner qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour EDH relative à l'article 5, paragraphe 1, de la Convention EDH que la mise en œuvre d'une mesure de privation de liberté, pour être conforme à l'objectif consistant à protéger l'individu contre l'arbitraire, implique, notamment, qu'elle soit exempte de tout élément de mauvaise foi ou de tromperie de la part des autorités, qu'elle cadre avec le but des restrictions autorisées par l'alinéa pertinent de l'article 5, paragraphe 1, de la Convention EDH et qu'il y ait un lien de proportionnalité entre le motif invoqué et la privation de liberté en question (voir en ce sens : CEDH, Gde ch., 29 janvier 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, n° 13229/03, § 68 à 74). Or, ainsi qu'il ressort des développements consacrés à l'examen de sa validité au regard de l'article 52 paragraphe 1 de la Charte, l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa sous e), de la directive 2013/33, dont la portée est strictement encadrée eu égard au contexte de cette disposition, satisfait à ces exigences.

« 82 Il convient donc de répondre à la question préjudicielle que l'examen de l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, sous e), de la directive 2013/33 n'a révélé aucun élément de nature à affecter la validité de cette disposition au regard des articles 6 et 52, paragraphes 1 et 3, de la Charte ».

**CJUE, 19 novembre 2015, P. contre Q., aff. C-455/15 PPU.**

« 34 Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 23, sous a), du règlement n° 2201/2003 doit être interprété en ce sens que, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, cette disposition permet à la juridiction d'un État membre, qui se considère compétente pour statuer sur la garde d'un enfant, de refuser de reconnaître la décision d'une juridiction d'un autre État membre qui a statué sur la garde de cet enfant.

« 35 Il y a lieu de rappeler que, conformément au considérant 21 dudit règlement, celui-ci est fondé sur la conception selon laquelle la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans un État membre doivent reposer sur le principe de la confiance mutuelle et les motifs de non-reconnaissance doivent être réduits au minimum nécessaire.



« 36 Dans ce système, l'article 23 du règlement n° 2201/2003, qui énonce les motifs pouvant être opposés à la reconnaissance d'une décision en matière de responsabilité parentale, doit recevoir une interprétation stricte en ce qu'il constitue un obstacle à la réalisation de l'un des objectifs fondamentaux de ce règlement, tel que rappelé au point précédent du présent arrêt.

« 37 S'il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un État membre, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État membre peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'un autre État membre (voir, par analogie : arrêt *Diageo Brands*, aff. C-681/13, point 42).

« 38 En outre, à la différence de la clause d'ordre public figurant à l'article 34, point 1, du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 2001, L 12, p. 1), qui a fait l'objet de la jurisprudence citée au point précédent du présent arrêt, l'article 23, sous a), du règlement n° 2201/2003 exige que la décision sur un éventuel refus de reconnaissance soit prise eu égard aux intérêts supérieurs de l'enfant.

« 39 C'est ainsi que le recours à la clause de l'ordre public, figurant à l'article 23, sous a), dudit règlement, ne devrait être concevable que dans l'hypothèse où, eu égard aux intérêts supérieurs de l'enfant, la reconnaissance de la décision rendue dans un autre État membre heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental. Afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision rendue dans un autre État membre, prévue à l'article 26 du même règlement, l'atteinte devrait constituer une violation manifeste, eu égard aux intérêts supérieurs de l'enfant, d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique (voir, par analogie : arrêt *Diageo Brands*, aff. C-681/13, point 44).

« 40 Toutefois, s'agissant de l'affaire au principal, il ne ressort pas du dossier dont dispose la Cour qu'il existe une telle règle de droit, considérée comme essentielle dans l'ordre juridique du Royaume de Suède, ou un tel droit, reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique, auxquels il serait porté atteinte si la décision du *Šilutės rajono apylinkės teismas* (tribunal de district de Šilutė), du 18 février 2015, était reconnue.

« 41 P fait cependant valoir que ladite décision ne doit pas être reconnue en vertu de l'article 23, sous a), du règlement n° 2201/2003, dès lors que ladite juridiction s'est déclarée compétente en méconnaissance de l'article 15 de ce règlement.

« 42 À cet égard, il y a lieu de rappeler que l'article 24 dudit règlement interdit tout contrôle de la compétence de la juridiction de l'État membre d'origine et précise même explicitement que l'article 23, sous a), du même règlement ne saurait être utilisé pour procéder à un tel contrôle.

« 43 Il est certes vrai que, ainsi que le fait observer P, l'article 24 du règlement n° 2201/2003 renvoie uniquement aux articles 3 à 14 de ce règlement, et non pas à l'article 15 dudit règlement.



« 44 Toutefois, il y a lieu de relever que l'article 15 du règlement n° 2201/2003, qui figure au chapitre II de ce règlement, intitulé « Compétence », complète les règles de compétence énoncées aux articles 8 à 14 dudit chapitre par un mécanisme de coopération permettant à la juridiction d'un État membre, compétente pour connaître de l'affaire en vertu de l'une de ces règles, de procéder, à titre d'exception, au renvoi à une juridiction d'un autre État membre, mieux placée pour connaître de l'affaire.

« 45 Il s'ensuit que, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 72 de sa prise de position, une violation alléguée de l'article 15 dudit règlement par la juridiction d'un État membre ne permet pas à la juridiction d'un autre État membre de contrôler la compétence de cette première juridiction, nonobstant le fait que l'interdiction énoncée à l'article 24 du même règlement ne contient pas de référence expresse à cet article 15.

« 46 Au demeurant, il convient de relever que le juge de l'État requis ne saurait, sous peine de remettre en cause la finalité du règlement n° 2201/2003, refuser la reconnaissance d'une décision émanant d'un autre État membre au seul motif qu'il estime que, dans cette décision, le droit national ou le droit de l'Union a été mal appliqué.

« 47 P estime également que, sauf à porter atteinte aux principes mêmes qui sous-tendent le système applicable aux déplacements illicites d'enfants, prévu par le même règlement, il doit être possible de ne pas reconnaître ladite décision.

« 48 À cet égard, il y a lieu de relever que le règlement n° 2201/2003 contient, à son article 11, des dispositions spécifiques relatives au retour d'un enfant qui a été déplacé ou retenu illicitement dans un État membre autre que l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites.

« 49 En outre, cet article prévoit, à son paragraphe 8, une procédure autonome, permettant de remédier au problème éventuel de décisions conflictuelles en la matière (voir en ce sens : arrêts *Rinau*, aff. C-195/08 PPU, point 63 et *Povse*, aff. C-211/10 PPU, point 56).

« 50 Ainsi, à supposer même qu'une difficulté concernant le non-retour illicite d'un enfant se présente dans l'affaire au principal, une telle difficulté devrait être résolue non pas par un refus de reconnaissance, sur le fondement de l'article 23, sous a), du règlement n° 2201/2003, d'une décision telle que celle du *Šilutės rajono apylinkės teismas* (tribunal de district de Šilutė), du 18 février 2015, mais, le cas échéant, par un recours à la procédure prévue à l'article 11 de ce règlement.

« 51 Ladite procédure permet à la juridiction de l'État membre de la résidence habituelle de l'enfant avant son déplacement ou son non-retour illicites de prendre une décision ultérieure en vue d'assurer le retour de l'enfant dans l'État membre où il avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites.

« 52 Toutefois, il importe de rappeler que la juridiction compétente, avant l'adoption d'une telle décision, doit tenir compte des motifs et des éléments de preuve sur la base desquels a été rendue la décision de non-retour (arrêt *Povse*, aff. C-211/10 PPU, point 59).



« 53 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'il convient de répondre à la question posée que l'article 23, sous a), du règlement n° 2201/2003 doit être interprété en ce sens que, en l'absence d'une violation manifeste, eu égard aux intérêts supérieurs de l'enfant, d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique d'un État membre ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique, cette disposition ne permet pas à la juridiction de cet État membre, qui se considère compétente pour statuer sur la garde d'un enfant, de refuser de reconnaître la décision d'une juridiction d'un autre État membre qui a statué sur la garde de cet enfant ».

**CJUE, 23 octobre 2014, *flyLAL-Lithuanian Airlines AS contre Starptautiska lidosta Riga VAS, Air Baltic Corporation AS*, aff. C-302/13.**

« 44 Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi cherche, en substance, à savoir si l'article 34, point 1, du règlement n° 44/2001 doit être interprété en ce sens que l'absence de motivation de la détermination du montant des sommes sur lesquelles portent les mesures provisoires et conservatoires prononcées par une décision dont la reconnaissance et l'exécution sont demandées ou l'invocation de conséquences économiques graves constituent des motifs établissant la violation de l'ordre public de l'État membre requis permettant de refuser la reconnaissance et l'exécution, dans cet État membre, d'une telle décision rendue dans un autre État membre.

« 45 Il y a lieu, tout d'abord, de relever que, ainsi qu'il ressort des considérants 16 et 17 du règlement n° 44/2001, le régime de reconnaissance et d'exécution prévu par celui-ci se fonde sur la confiance réciproque dans la justice au sein de l'Union. Une telle confiance exige que les décisions judiciaires rendues dans un État membre soient non seulement reconnues de plein droit dans un autre État membre, mais aussi que la procédure visant à rendre exécutoire dans ce dernier ces décisions soit efficace et rapide. Une telle procédure, selon les termes du considérant 17 de ce règlement, ne doit comporter qu'un simple contrôle formel des documents exigés pour l'attribution de la force exécutoire dans l'État membre requis (voir, en ce sens : arrêt *Prism Investments*, aff. C-139/10, points 27 et 28).

« 46 Ensuite, aux termes de l'article 34, point 1, du règlement n° 44/2001, une décision n'est pas reconnue si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis. Les motifs de contestation qui peuvent être invoqués sont expressément énoncés aux articles 34 et 35 de ce règlement. Cette liste, dont les éléments doivent être interprétés de manière restrictive, revêt un caractère exhaustif (voir en ce sens : arrêts *Apostolides*, point 55 et jurisprudence citée, ainsi que *Prism Investments*, point 33).

« 47 Enfin, il est de jurisprudence constante que, si les États membres restent, en principe, libres de déterminer, en vertu de la réserve inscrite à l'article 34, point 1, du règlement n° 44/2001, conformément à leurs conceptions nationales, les exigences de leur ordre public, les limites de cette notion relèvent de l'interprétation de ce règlement. Dès lors, s'il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de la notion d'ordre public d'un État membre, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État membre peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'un autre État membre (voir en ce sens les arrêts *Krombach*, aff. C-7/98, points 22 et 23, et *Renault*, aff. C-38/98, points 27 et 28).



« 48 À cet égard, en prohibant la révision au fond de la décision rendue dans un autre État membre, les articles 36 et 45, paragraphe 2, du règlement n° 44/2001 interdisent au juge de l'État requis de refuser la reconnaissance ou l'exécution de cette décision au seul motif qu'une divergence existerait entre la règle de droit appliquée par le juge de l'État d'origine et celle qu'aurait appliquée le juge de l'État membre requis s'il avait été saisi du litige. De même, le juge de l'État requis ne saurait contrôler l'exactitude des appréciations de droit ou de fait qui ont été portées par le juge de l'État d'origine (voir arrêt *Apostolides*, point 58 et jurisprudence citée).

« 49 Un recours à la clause d'ordre public, figurant à l'article 34, point 1, du règlement n° 44/2001, n'est donc concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre État membre heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental. Afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision rendue dans un autre État membre, l'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique (voir arrêt *Apostolides*, point 59 et jurisprudence citée).

« 50 En l'occurrence, la juridiction de renvoi s'interroge, d'une part, sur les conséquences qu'il conviendrait de tirer du défaut de motivation des modalités de détermination du montant des sommes sur lesquelles portent les mesures provisoires et conservatoires prononcées par la décision dont la reconnaissance et l'exécution sont demandées et, d'autre part, sur les conséquences liées au montant de ces sommes.

« 51 En ce qui concerne, en premier lieu, le défaut de motivation, la Cour a jugé que le respect du droit à un procès équitable exige que toute décision judiciaire soit motivée, et cela afin de permettre au défendeur de comprendre les raisons de sa condamnation et d'exercer à l'encontre d'une telle décision un recours de manière utile et effective (arrêt *Trade Agency*, aff. C-619/10, point 53 et jurisprudence citée).

« 52 Il y a lieu de constater que l'étendue du devoir de motivation peut varier en fonction de la nature de la décision judiciaire en cause et doit s'analyser, au regard de la procédure considérée dans sa globalité et au vu de l'ensemble des circonstances pertinentes, en tenant compte des garanties procédurales dont est entourée cette décision, afin de vérifier si ces dernières assurent aux personnes concernées la possibilité d'exercer à l'encontre de ladite décision un recours de manière utile et effective (voir en ce sens : arrêt *Trade Agency*, point 60 et jurisprudence citée.).

« 53 En l'occurrence, il ressort de l'ensemble des informations dont la Cour dispose, d'une part, que les éléments de motivation ne font pas défaut, puisqu'il est possible de suivre le cheminement du raisonnement ayant conduit à la détermination du montant des sommes en cause. D'autre part, les parties concernées disposaient de la faculté d'engager un recours contre une telle décision et ces parties ont usé d'une telle faculté.



« 54 Dès lors, les principes élémentaires du procès équitable ont été préservés et, par conséquent, il n’y a pas lieu de considérer qu’une violation de l’ordre public a eu lieu.

« 55 En ce qui concerne, en second lieu, les conséquences attachées au montant des sommes sur lesquelles portent les mesures provisoires et conservatoires prononcées par la décision dont la reconnaissance est demandée, il convient de souligner, comme cela est rappelé au point 49 du présent arrêt, que la notion d’ordre public a pour but d’empêcher une violation manifeste d’une règle de droit considérée comme essentielle dans l’ordre juridique de l’État requis ou d’un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique.

« 56 Ainsi que Mme l’avocat général l’a relevé aux points 84 et 85 de ses conclusions, la notion d’« ordre public », au sens de l’article 34, point 1, du règlement n° 44/2001, vise à protéger des intérêts juridiques qui s’expriment à travers une règle de droit et non pas des intérêts purement économiques. Cela vaut également lorsque, comme il est rappelé au point 37 du présent arrêt, le détenteur de la puissance publique se comporte en opérateur de marché, en l’occurrence comme un actionnaire, et s’expose à subir certains préjudices.

« 57 Il ressort, d’une part, des observations soumises à la Cour que les conséquences pécuniaires attachées au montant des pertes possibles ont déjà fait l’objet de discussions devant les juridictions lituaniennes. D’autre part, comme le souligne la Commission européenne, les mesures provisoires et conservatoires, en cause au principal, consistent non pas à verser une somme, mais uniquement à surveiller les biens des défendeurs au principal.

« 58 Dès lors, il convient de considérer que la simple invocation de conséquences économiques graves ne constitue pas une violation de l’ordre public de l’État membre requis, au sens de l’article 34, point 1, du règlement n° 44/2001.

« 59 Il résulte de l’ensemble des considérations qui précèdent que l’article 34, point 1, du règlement n° 44/2001 doit être interprété en ce sens que ni les modalités de détermination du montant des sommes, sur lesquelles portent les mesures provisoires et conservatoires prononcées par une décision dont la reconnaissance et l’exécution sont demandées, lorsqu’il est possible de suivre le cheminement du raisonnement ayant conduit à la détermination du montant desdites sommes, et alors même que des voies de recours étaient ouvertes et ont été exercées pour contester de telles modalités de calcul, ni la simple invocation de conséquences économiques graves ne constituent des motifs établissant la violation de l’ordre public de l’État membre requis permettant de refuser la reconnaissance et l’exécution, dans cet État membre, d’une telle décision rendue dans un autre État membre ».

## 2.2. Juridictions étrangères

### **Chambre des Lords : *A. versus Secretary of State* [2004] UKHL 56.**

Décision : la section 23 du *Terrorism Crime and Security Act 2001* était incompatible avec l’article 14 de la Convention EDH.





**Cour d'Appel d'Angleterre et du Pays de Galles : *Binyam Mohamed versus Secretary of State* [2010] EWCA Civ 65 & [2010] EWCA Civ 158.**

Décision : rejet de l'appel du gouvernement anglais contre une décision de première instance ayant publié des éléments concernant le traitement de M. Mohamed aux mains des services secrets américains, dans le cadre d'une action civile intentée par ce même M. Mohamed.

**Cour Suprême du Royaume-Uni, *Serdar Mohammad versus Ministry of Defence*, [2017] UKSC 1 & 2.**

Décision : l'immunité de la Couronne (*Crown Act of State*) fait obstacle, dans certaines circonstances (notamment l'absence de torture), à une action en responsabilité quasi-délictuelle (*tort*) fondée sur le droit d'un État étranger et dirigée contre la Couronne britannique pour des faits commis à l'étranger dans le cadre de la politique étrangère du Royaume-Uni.

**Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles, *Attorney General versus MGN limited and News group newspapers*, [2011] EWHC 2074.**

Décision : le journal tabloïd *Daily Mirror* a commis un « mépris de la Cour » (« *contempt of court* ») en associant dans deux articles un homme (bailleur de la victime) avec un meurtre, et a engagé sa responsabilité sans faute (« *strict liability* ») dès lors qu'un risque substantiel d'atteinte au cours de la justice avait été créé.

### **3. Éléments de jurisprudence – table ronde n° 3**

#### *3.1. Juridictions européennes*

**CJUE, 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance contre Beaudout père et fils SARL*, aff. C-437/09.**

« 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation des articles 81 CE et 82 CE.

« 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant AG2R Prévoyance (ci-après « AG2R »), institution de prévoyance régie par le code de la sécurité sociale français, à Beaudout Père et Fils SARL (ci-après « Beaudout »), relatif au refus de cette dernière d'adhérer au régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé géré par AG2R pour le secteur de la boulangerie artisanale française. (...)

« 22 Considérant que, dans ces conditions, la solution du litige dont il est saisi nécessite l'interprétation du droit de l'Union, le tribunal de grande instance de Périgueux a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante : « [L]'organisation d'un dispositif d'affiliation obligatoire à un régime complémentaire [de soins] de santé tel qu'il est prévu par l'article L 912-1 du code de la sécurité sociale et l'avenant rendu obligatoire par les pouvoirs publics, à la demande des organisations représentatives des employeurs et des travailleurs d'un secteur déterminé, prévoyant l'affiliation à un organisme unique, désigné pour gérer un régime complémentaire de soins de santé, sans aucune possibilité pour les entreprises du secteur concerné d'être dispensées d'affiliation, sont[-ils] conformes





*aux dispositions des articles 81 CE et 82 CE ou [sont-ils] de nature à faire occuper par l'organisme désigné une position dominante constitutive d'un abus [?] »*

« Appréciation de la Cour

« 23 À titre liminaire, il convient de souligner que, si la question posée par la juridiction de renvoi se limite à demander à la Cour d'interpréter au regard de circonstances telles que celles de l'affaire au principal les articles 81 CE et 82 CE, auxquels correspondent actuellement les articles 101 et 102 du TFUE, qui concernent le comportement des entreprises, il ressort de la décision de renvoi que cette juridiction se demande, en substance, si la décision des pouvoirs publics de rendre obligatoire, à la demande des organisations représentatives des employeurs et des salariés d'un secteur d'activité déterminé, un accord issu de négociations collectives qui prévoit l'affiliation obligatoire à un régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé géré par un organisme désigné, sans possibilité de dispense, est compatible avec le droit de l'Union. (...)

« 27 Dès lors, afin de donner une réponse utile à la juridiction de renvoi, il y a lieu de considérer que la question posée par celle-ci porte sur l'interprétation des articles 101 et 102 du TFUE, lus ensemble, respectivement, avec les articles 4, paragraphe 3, du TUE et 106 du TFUE.

« Sur l'interprétation de l'article 101 du TFUE lu en combinaison avec l'article 4, paragraphe 3, du TUE (...)

« 39 Il convient dès lors de répondre à la première partie de la question telle que reformulée que l'article 101 du TFUE lu en combinaison avec l'article 4, paragraphe 3, du TUE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à la décision des pouvoirs publics de rendre obligatoire, à la demande des organisations représentatives des employeurs et des salariés d'un secteur d'activité déterminé, un accord issu de négociations collectives qui prévoit l'affiliation obligatoire à un régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé pour l'ensemble des entreprises du secteur concerné, sans possibilité de dispense. (...)

« 81 Il convient dès lors de répondre à la seconde partie de la question telle que reformulée que, pour autant que l'activité consistant dans la gestion d'un régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé tel que celui en cause au principal doit être qualifiée d'économique, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, les articles 102 et 106 du TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, à ce que les pouvoirs publics investissent un organisme de prévoyance du droit exclusif de gérer ce régime, sans aucune possibilité pour les entreprises du secteur d'activité concerné d'être dispensées de s'affilier audit régime ».

**CJUE, 17 décembre 2015, *Union des syndicats de l'immobilier (UNIS) contre Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle et du dialogue social et Syndicat national des résidences de tourisme (SNRT) e.a. et Beaudout père et fils SARL contre Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle et du dialogue social*, aff. C-25/14 et C-26/14.**

« 26 Par sa question dans chacune des demandes de décision préjudicielle, le Conseil d'État demande, en substance, si l'obligation de transparence, qui



découle de l'article 56 du TFUE, s'applique à l'extension, par un État membre, à l'ensemble des employeurs et des travailleurs salariés d'une branche d'activité, d'un accord collectif conclu par les organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs salariés pour une branche d'activité, qui confie à un unique opérateur économique, choisi par les partenaires sociaux, la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire obligatoire institué au profit des travailleurs salariés.

« 27 À titre liminaire, il y a lieu de rappeler, premièrement, que, s'agissant des prestations de services qui impliquent une intervention des autorités nationales, tel l'octroi d'une concession de services, l'obligation de transparence s'applique non pas à toute opération, mais uniquement à celles qui présentent un intérêt transfrontalier certain, du fait qu'elles sont objectivement susceptibles d'intéresser des opérateurs économiques établis dans des États membres autres que celui dont relève l'autorité qui les attribue (voir par analogie, notamment : arrêt *SECAP* et *Santorso*, aff. jointes C-147/06 et C-148/06, point 24). (...)

« 32 En conséquence, la réponse fournie par la Cour n'intervient que sous réserve qu'un intérêt transfrontalier certain dans l'affaire au principal puisse être constaté par la juridiction de renvoi (arrêt *Enterprise Focused Solutions*, aff. C-278/14, point 19 et jurisprudence citée). Partant, les considérations qui suivent sont énoncées sous réserve que l'octroi du droit de gérer chacun des régimes de prévoyance complémentaires en cause au principal pour l'ensemble des employeurs et des travailleurs salariés relevant des branches d'activité concernées présente un intérêt transfrontalier certain, ce qu'il incombe cependant à la juridiction de renvoi de vérifier. (...)

« 36 S'agissant de la question posée, il apparaît que, dans un mécanisme tel que celui en cause au principal, c'est l'intervention d'une autorité publique qui est à l'origine de la création d'un droit exclusif et qui doit ainsi, en principe, avoir lieu dans le respect de l'obligation de transparence découlant de l'article 56 du TFUE.

« 37 À cet égard, il convient de relever que l'objet de la décision d'extension en cause au principal, à savoir un accord conclu à la suite de négociations collectives entre des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs salariés d'une branche d'activité, n'a pas pour conséquence de soustraire cette décision aux exigences de transparence résultant de l'article 56 du TFUE.

« 38 Il ressort de la jurisprudence que l'obligation de transparence découle des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, dont la libre prestation des services garantie par l'article 56 du TFUE exige le respect. En effet, en l'absence de toute transparence, l'attribution à une entreprise située dans l'État membre où se déroule la procédure d'attribution est constitutive d'une différence de traitement dont les effets interviennent essentiellement au détriment de l'ensemble des entreprises potentiellement intéressées situées dans d'autres États membres, puisque celles-ci n'ont eu aucune possibilité réelle de manifester leur intérêt, et cette différence de traitement constitue, en principe, une discrimination indirecte selon la nationalité, interdite, en principe, par application, notamment, de l'article 56 du TFUE (voir en ce sens, notamment : arrêts *Coname*, aff. C-231/03, points 17 à 19 et *Belgacom*, aff. C-221/12, point 37 et jurisprudence citée). (...)



« 41 Partant, en principe, un État membre ne peut créer un droit exclusif en faveur d'un opérateur économique en rendant obligatoire pour l'ensemble des employeurs et des travailleurs salariés d'une branche d'activité un accord collectif confiant à cet opérateur, choisi par les partenaires sociaux, la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire obligatoire institué au profit des travailleurs salariés de cette branche que si la décision d'extension de l'accord collectif portant désignation d'un organisme gestionnaire unique n'intervient qu'à la condition que soit respectée l'obligation de transparence.

« 42 Or, à cet égard, il s'impose de constater, d'une part, que ni la juridiction de renvoi ni le gouvernement français n'ont évoqué de possibles justifications au fait que le droit exclusif de gestion d'un régime de prévoyance complémentaire soit attribué sans aucune forme de publicité. (...)

« 46 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée dans chacune des deux affaires que l'obligation de transparence, qui découle de l'article 56 du TFUE, s'oppose à l'extension, par un État membre, à l'ensemble des employeurs et des travailleurs salariés d'une branche d'activité, d'un accord collectif, conclu par les organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs salariés pour une branche d'activité, qui confie à un unique opérateur économique, choisi par les partenaires sociaux, la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire obligatoire institué au profit des travailleurs salariés, sans que la réglementation nationale prévoie une publicité adéquate permettant à l'autorité publique compétente de tenir pleinement compte des informations soumises, relatives à l'existence d'une offre plus avantageuse. (...).

« 53 Dans les conditions propres aux affaires au principal, il y a lieu de considérer que les effets du présent arrêt ne concerneront pas les accords collectifs portant désignation d'un organisme unique pour la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire ayant été rendus obligatoires par une autorité publique pour l'ensemble des employeurs et des travailleurs salariés d'une branche d'activité avant la date de prononcé du présent arrêt, sans préjudice des recours juridictionnels introduits avant cette date ».

### *3.2. Juridictions françaises*

#### **TC, 17 mai 2010, Institut national de la santé et de la recherche médicale contre Fondation Letten F. Saugstad, n° 3754.**

« Considérant que le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français, est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue, conformément à l'article 1505 du code de procédure civile, ce recours ne portant pas atteinte au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ; qu'il en va cependant autrement lorsque le recours, dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à



celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public ; que, ces contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public, le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif ».

**CE, Ass., 9 novembre 2016, Société Fosmax LNG, n° 388806.**

« (...) Sur l'étendue du contrôle du Conseil d'État sur les sentences rendues en matière d'arbitrage international :

« 4. Considérant que le recours dirigé contre une sentence arbitrale rendue en France dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français mais mettant en jeu les intérêts du commerce international, ressortit, lorsque le contrat relève d'un régime administratif d'ordre public et que le recours implique, par suite, un contrôle de la conformité de la sentence arbitrale aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique, à la compétence de la juridiction administrative ; qu'il en va ainsi y compris pour les sentences rendues, sur le fondement de l'article 90 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, en vue du règlement de litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat mettant en jeu les intérêts du commerce international, dès lors que le renvoi que cet article comporte aux dispositions du livre IV du code de procédure civile ne saurait s'entendre, s'agissant de dispositions réglementaires, comme emportant dérogation aux principes régissant la répartition des compétences entre les ordres de juridiction en ce qui concerne les voies de recours contre une sentence arbitrale ; qu'au sein de la juridiction administrative, le Conseil d'État est compétent pour connaître des recours dirigés contre une telle sentence arbitrale, en application de l'article L. 321-2 du code de justice administrative ;

« 5. Considérant que lorsqu'il est saisi d'un tel recours, il appartient au Conseil d'État de s'assurer, le cas échéant d'office, de la licéité de la convention d'arbitrage, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire ou d'un compromis ; que ne peuvent en outre être utilement soulevés devant lui que des moyens tirés, d'une part, de ce que la sentence a été rendue dans des conditions irrégulières et, d'autre part, de ce qu'elle est contraire à l'ordre public ; que s'agissant de la régularité de la procédure, en l'absence de règles procédurales applicables aux instances arbitrales relevant de la compétence de la juridiction administrative, une sentence arbitrale ne peut être regardée comme rendue dans des conditions irrégulières que si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent, s'il a été irrégulièrement composé, notamment au regard des principes d'indépendance et d'impartialité, s'il n'a pas statué conformément à la mission qui lui avait été confiée, s'il a méconnu le principe du caractère contradictoire de la procédure ou s'il n'a pas motivé sa sentence ; que s'agissant du contrôle sur le fond, une sentence arbitrale est contraire à l'ordre public lorsqu'elle fait application d'un contrat dont l'objet est illicite ou entaché d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, lorsqu'elle méconnaît des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger, telles que notamment l'interdiction de consentir des libéralités, d'aliéner le domaine public ou de renoncer aux prérogatives dont ces personnes disposent



dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat, ou lorsqu'elle méconnaît les règles d'ordre public du droit de l'Union européenne ;

« 6. Considérant qu'à l'issue de ce contrôle, le Conseil d'État, s'il constate l'illégalité du recours à l'arbitrage, notamment du fait de la méconnaissance du principe de l'interdiction pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage sauf dérogation prévue par des dispositions législatives expresses ou, le cas échéant, des stipulations de conventions internationales régulièrement incorporées dans l'ordre juridique interne, prononce l'annulation de la sentence arbitrale et décide soit de renvoyer le litige au tribunal administratif compétent pour en connaître, soit d'évoquer l'affaire et de statuer lui-même sur les réclamations présentées devant le collège arbitral ; que s'il constate que le litige est arbitral, il peut rejeter le recours dirigé contre la sentence arbitrale ou annuler, totalement ou partiellement, celle-ci ; qu'il ne peut ensuite régler lui-même l'affaire au fond que si la convention d'arbitrage l'a prévu ou s'il est invité à le faire par les deux parties ; qu'à défaut de stipulation en ce sens ou d'accord des parties sur ce point, il revient à celles-ci de déterminer si elles entendent de nouveau porter leur litige contractuel devant un tribunal arbitral, à moins qu'elles ne décident conjointement de saisir le tribunal administratif compétent ;

« 7. Considérant, enfin, que l'exécution forcée d'une sentence arbitrale ne saurait être autorisée si elle est contraire à l'ordre public ; que, par suite, un contrôle analogue à celui décrit au point 5 doit être exercé par le juge administratif lorsqu'il est saisi d'une demande tendant à l'*exequatur* d'une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution d'un contrat administratif entre une personne morale de droit public français et une personne de droit étranger, mettant en jeu les intérêts du commerce international et soumis à un régime administratif d'ordre public, qu'elle ait été rendue en France ou à l'étranger ; (...) ».

**CC, 13 juin 2013, décision n° 2013-672 DC (loi relative à la sécurisation de l'emploi).**

« 1. Considérant que les députés et les sénateurs requérants défèrent au Conseil constitutionnel la loi relative à la sécurisation de l'emploi ; qu'ils contestent la conformité à la Constitution de certaines dispositions de son article 1<sup>er</sup> ainsi que celles de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale que les dispositions de l'article 1<sup>er</sup> complètent ; que les députés requérants mettent également en cause certaines dispositions de ses articles 12 et 15 ; (...)

« 4. Considérant que, selon les requérants, en permettant, d'une part, qu'un accord de branche désigne un organisme de prévoyance pour l'ensemble des entreprises de la branche et, d'autre part, que cette désignation s'impose aux entreprises de la branche bénéficiant déjà d'une complémentaire santé, les dispositions de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, qui est complété par le 2° du paragraphe II de l'article 1<sup>er</sup> de la loi déférée, méconnaissent la liberté contractuelle découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'ils soutiennent que les dispositions du 2° du paragraphe II de l'article 1<sup>er</sup>, en ce qu'elles posent de nouvelles limites au principe de libre concurrence entre les divers organismes de prévoyance, sont contraires à la liberté d'entreprendre ainsi qu'au principe d'égalité devant la loi ; que les sénateurs mettent également en cause, pour l'ensemble de ces motifs, les dispositions du 2° du A du paragraphe I



de l'article 1<sup>er</sup> ; que les députés font également valoir que les dispositions de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale méconnaissent les dispositions du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 en ce que le droit des travailleurs de déterminer collectivement leurs conditions de travail doit s'exercer dans l'entreprise et non au niveau de la branche professionnelle ; (...).

« 7. Considérant, en premier lieu, que les dispositions du A du paragraphe I de l'article 1<sup>er</sup> ont pour objet d'imposer aux branches professionnelles d'engager, avant le 1<sup>er</sup> juin 2013, une négociation pour garantir aux salariés une couverture « *en matière de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident* » ; que la couverture complémentaire santé ainsi prévue est « *collective* » et « *à adhésion obligatoire* » ; qu'elle doit être effective avant le 1<sup>er</sup> janvier 2016 ; que cette négociation porte notamment sur la définition du contenu et du niveau des garanties, la répartition de la charge des cotisations entre employeurs et salariés, ainsi que « *les modalités de choix de l'assureur* » ; qu'elle examine en particulier les conditions notamment tarifaires, dans lesquelles les entreprises peuvent retenir le ou les organismes qu'elles ont choisis, « *sans méconnaître les objectifs de couverture effective de l'ensemble des salariés des entreprises de la branche et d'accès universel à la santé* » ; que ces dispositions, en ce qu'elles se bornent à prévoir l'ouverture d'une négociation portant sur « *les modalités de choix de l'assureur* » et les conditions dans lesquelles les entreprises peuvent retenir le ou les organismes de prévoyance de leur choix, ne sont contraires à aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ;

« 8. Considérant, en second lieu, que la conformité à la Constitution d'une loi déjà promulguée peut être appréciée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ; que les dispositions contestées du 2<sup>o</sup> du paragraphe II de l'article 1<sup>er</sup> de la loi déferée complètent celles de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale ;

« 9. Considérant qu'en vertu du premier alinéa de cet article L. 912-1, lorsque les accords professionnels ou interprofessionnels prévoient une « *mutualisation des risques* » dont ils organisent la couverture auprès d'un ou plusieurs organismes de prévoyance, « *auxquels adhèrent alors obligatoirement les entreprises relevant du champ d'application de ces accords, ceux-ci comportent une clause fixant dans quelles conditions et selon quelle périodicité les modalités d'organisation de la mutualisation des risques peuvent être réexaminées. La périodicité du réexamen ne peut excéder cinq ans* » ; que, selon le deuxième alinéa du même article, lorsque les accords mentionnés précédemment « *s'appliquent à une entreprise qui, antérieurement à leur date d'effet, a adhéré ou souscrit à un contrat auprès d'un organisme différent de celui prévu par les accords pour garantir les mêmes risques à un niveau équivalent* », les stipulations de l'accord de niveau supérieur doivent primer, conformément à ce que prévoient les dispositions de l'article L. 2253-2 du code du travail ;



« 10. Considérant que, par les dispositions de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, le législateur a entendu faciliter l'accès de toutes les entreprises d'une même branche à une protection complémentaire et assurer un régime de mutualisation des risques, en renvoyant aux accords professionnels et interprofessionnels le soin d'organiser la couverture de ces risques auprès d'un ou plusieurs organismes de prévoyance ; qu'il a ainsi poursuivi un but d'intérêt général ;

« 11. Considérant que, toutefois, d'une part, en vertu des dispositions du premier alinéa de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, toutes les entreprises qui appartiennent à une même branche professionnelle peuvent se voir imposer non seulement le prix et les modalités de la protection complémentaire mais également le choix de l'organisme de prévoyance chargé d'assurer cette protection parmi les entreprises régies par le code des assurances, les institutions relevant du titre III du livre IX du code de la sécurité sociale et les mutuelles relevant du code de la mutualité ; que, si le législateur peut porter atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle dans un but de mutualisation des risques, notamment en prévoyant que soit recommandé au niveau de la branche un seul organisme de prévoyance proposant un contrat de référence y compris à un tarif d'assurance donné ou en offrant la possibilité que soient désignés au niveau de la branche plusieurs organismes de prévoyance proposant au moins de tels contrats de référence, il ne saurait porter à ces libertés une atteinte d'une nature telle que l'entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini ; que, par suite, les dispositions de ce premier alinéa méconnaissent la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre ;

« 12. Considérant que, d'autre part, les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 912-1 permettent d'imposer que, dès l'entrée en vigueur d'un accord de branche, les entreprises de cette branche se trouvent liées avec l'organisme de prévoyance désigné par l'accord, alors même qu'antérieurement à celui-ci elles seraient liées par un contrat conclu avec un autre organisme ; que, pour les mêmes motifs que ceux énoncés au considérant 11 et sans qu'il soit besoin d'examiner le grief tiré de l'atteinte aux conventions légalement conclues, ces dispositions méconnaissent également la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre ;

« 13. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les dispositions de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale portent à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi de mutualisation des risques ; que, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs dirigés contre le 2<sup>o</sup> du paragraphe II de l'article 1<sup>er</sup> de la loi déferée, ces dispositions ainsi que celles de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale doivent être déclarées contraires à la Constitution ;

« 14. Considérant que la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle n'est toutefois pas applicable aux contrats pris sur ce fondement, en cours lors de cette publication, et liant les entreprises à celles qui sont régies par le code des assurances, aux institutions relevant du titre III du code de la sécurité sociale et aux mutuelles relevant du code de la mutualité ».





**CC, 19 décembre 2013, n° 2013-682 DC (loi de financement de la sécurité sociale pour 2014).**

« 26. Considérant que le paragraphe I de l'article 14 a pour objet de modifier le code de la sécurité sociale ; que le 1° de ce paragraphe I donne une nouvelle rédaction de l'article L. 912-1 que le Conseil constitutionnel avait déclaré contraire à la Constitution dans sa décision du 13 juin 2013 susvisée ;

« 27. Considérant qu'en vertu du premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 912-1 dans sa nouvelle rédaction, les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale peuvent prévoir, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, « *l'institution de garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité et comprenant à ce titre des prestations à caractère non directement contributif, pouvant notamment prendre la forme d'une prise en charge partielle ou totale de la cotisation pour certains salariés ou anciens salariés, d'une politique de prévention ou de prestations d'action sociale* » ; que le deuxième alinéa du même paragraphe prévoit que, dans ce cas, ces accords « *peuvent organiser la couverture des risques concernés en recommandant un ou plusieurs organismes mentionnés à l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques ou une ou plusieurs institutions mentionnées à l'article L. 370-1 du code des assurances, sous réserve du respect des conditions définies au II du présent article* » ; qu'en vertu du dernier alinéa de ce paragraphe, ces organismes ou institutions adressent annuellement au ministre chargé de la sécurité sociale un « *rapport sur la mise en oeuvre du régime, le contenu des éléments de solidarité et son équilibre, dont le contenu est précisé par décret* » ;

« 28. Considérant que le premier alinéa du paragraphe II de l'article L. 912-1 précise que la recommandation précédemment mentionnée doit être précédée d'une procédure de mise en concurrence des organismes ou institutions intéressés « *dans des conditions de transparence, d'impartialité et d'égalité de traitement entre les candidats* » et renvoie à un décret le soin d'en prévoir les modalités ; qu'en vertu du second alinéa de ce paragraphe, les organismes ou institutions « *recommandés* » ne peuvent refuser l'adhésion d'une entreprise relevant du champ d'application de l'accord et « *sont tenus d'appliquer un tarif unique et d'offrir des garanties identiques pour toutes les entreprises et pour tous les salariés concernés* » ;

« 29. Considérant que le paragraphe III de l'article L. 912-1 précise que les accords précédemment mentionnés comportent une clause qui fixe dans quelles conditions et selon quelle périodicité sont réexaminées les modalités d'organisation de la recommandation ; qu'il prévoit que la périodicité ne peut excéder cinq ans et que la procédure de mise en concurrence prévue au premier alinéa du paragraphe II est applicable à ce réexamen ;

« 30. Considérant que le paragraphe IV de l'article L. 912-1 dispose que les accords précédemment mentionnés peuvent prévoir que certaines des prestations nécessitant la prise en compte d'éléments relatifs à la situation des salariés ou sans lien direct avec le contrat de travail les liant à leur employeur sont financées





et gérées de façon mutualisée, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État, pour l'ensemble des entreprises entrant dans leur champ d'application ;

« 31. Considérant que les 2° et 3° du paragraphe I de l'article 14 de la loi déferée complètent les articles L. 137-15 et L. 137-16 du code de la sécurité sociale relatifs à l'assiette et aux taux du forfait social ; que le 2° complète, par coordination avec les dispositions introduites par le 3°, le dernier alinéa de l'article L. 137-15 ; que le 3° insère trois alinéas après le deuxième alinéa de l'article L. 137-16 ; qu'il prévoit que « *lorsque l'entreprise est couverte par un accord professionnel ou interprofessionnel comportant une clause de recommandation, dans les conditions prévues à l'article L. 912-1, mais choisit de souscrire un contrat auprès d'un autre assureur que le ou les organismes assureurs recommandés, les contributions des employeurs destinées au financement des prestations complémentaires de prévoyance sont assujetties au forfait social* » au taux de 20 % pour les entreprises d'au moins dix salariés et au taux de 8 % pour celles de moins de dix salariés ;

« 32. Considérant que le paragraphe II de l'article 14 précise que le 1° du paragraphe I qui porte sur la nouvelle rédaction de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale s'applique aux accords conclus à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2014 ; qu'il précise également que les 2° et 3° du même paragraphe entrent en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2015, pour les sommes et les contributions versées à compter de cette même date ;

« 33. Considérant que selon les sénateurs requérants, l'article 14 a pour seul objectif de « *contourner les précédentes décisions du Conseil constitutionnel* » et méconnaît ainsi l'autorité qui s'attache à ses décisions ; que le législateur aurait également méconnu l'étendue de sa compétence en ne définissant pas lui-même le contenu des garanties collectives présentant « *un degré élevé de solidarité* » et en déléguant cette compétence aux partenaires sociaux et au pouvoir réglementaire ; que l'article 14 serait ainsi contraire à « *l'exigence constitutionnelle d'intelligibilité de la loi* » ;

« 34. Considérant que les députés et les sénateurs requérants soutiennent que l'article 14 ne trouve pas sa place dans une loi de financement de la sécurité sociale ; qu'en prévoyant une clause de recommandation assortie d'une modulation du forfait social incitant les entreprises de la branche à adhérer aux organismes ou institutions recommandés, le législateur méconnaîtrait la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle ; qu'en fixant, selon la taille de l'entreprise, à 8 % ou à 20 %, le taux de forfait social que doivent acquitter les entreprises couvertes par un accord professionnel ou interprofessionnel comportant une clause de recommandation lorsque ces entreprises choisissent un autre assureur que le ou l'un des organismes assureurs recommandés, l'article 14 porterait en outre atteinte à l'égalité devant les charges publiques ».

**CE, ssr, 30 décembre 2013, Société Beaudout Père et Fils, n° 357115.**

« 1. Considérant qu'en vertu de l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale, les « *garanties collectives dont bénéficient les salariés* », qui ont notamment pour objet, aux termes de l'article L. 911-2 du même code, de prévoir « *la couverture (...) des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la*



*maternité* » en complément de celles qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale, peuvent notamment être déterminées par voie de conventions ou d'accords collectifs ; qu'en vertu de l'article L. 911-3 du même code, ces accords peuvent être étendus dans les conditions prévues par le code du travail, sous réserve des dispositions spécifiques applicables lorsqu'ils ont pour objet exclusif la détermination de telles garanties collectives ; que la légalité d'un arrêté ministériel prononçant l'extension d'un accord collectif relatif à un régime de prévoyance complémentaire des salariés ou d'un avenant à celui-ci est nécessairement subordonnée à la validité de la convention ou de l'avenant en cause ; (...)

« 9. Considérant, toutefois, que la société requérante soutient également que la désignation d'AG2R en tant qu'unique organisme gestionnaire du régime a été effectuée en méconnaissance de l'obligation de transparence, qui découle du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne ; qu'en particulier, par son arrêt du 3 juin 2010 rendu dans l'affaire C-203/08 (*Sporting Exchange Ltd*), la Cour a qualifié l'obligation de transparence de condition préalable obligatoire du droit d'un État membre d'attribuer à un opérateur le droit exclusif d'exercer une activité économique, quel que soit le mode de sélection de cet opérateur ; que la réponse au moyen soulevé dépend de la question de savoir si le respect de cette obligation de transparence est une condition préalable obligatoire à l'extension, par un État membre, à l'ensemble des entreprises d'une branche, d'un accord collectif confiant à un unique opérateur, choisi par les partenaires sociaux, la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire obligatoire institué au profit des salariés ; que cette question est déterminante pour la solution du litige que doit trancher le Conseil d'État ; qu'elle présente une difficulté sérieuse ; qu'il y a lieu, par suite, d'en saisir la Cour de justice de l'Union européenne en application de l'article 267 du TFUE et, jusqu'à ce que celle-ci se soit prononcée, de surseoir à statuer sur la requête de la société Beaudout Père et Fils ».

**CE, ch. réunies, 8 juillet 2016, Société Beaudout Père et Fils et autres, n° 357115.**

« 2. Considérant que, par le dernier alinéa de l'article 6 de l'arrêté attaqué du 23 décembre 2011, le ministre du travail, de l'emploi et de la santé a étendu l'avenant n° 100 du 27 mai 2011 à la convention collective nationale de la boulangerie et boulangerie-pâtisserie (entreprises artisanales) ; qu'eu égard à son argumentation, la société Beaudout Père et Fils doit être regardée comme demandant l'annulation pour excès de pouvoir de cet arrêté en tant seulement qu'il étend les clauses de l'avenant relatives au régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé institué, au profit des salariés de cette branche, par l'avenant n° 83 à cette même convention, conclu le 24 avril 2006, sur la base d'une mutualisation des risques couverts et de l'adhésion obligatoire des employeurs ; que, par ces clauses, figurant à son article 6, l'avenant désigne, pour une nouvelle période de cinq ans courant à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012, l'institution de prévoyance AG2R Prévoyance en tant qu'unique organisme gestionnaire du régime de remboursement complémentaire des frais de soins de santé ; que, par une décision du 30 décembre 2013, le Conseil d'État, statuant au contentieux sur la requête de la société Beaudout Père et Fils, a sursis à statuer jusqu'à ce que



la Cour de justice de l'Union européenne se soit prononcée sur la question de savoir si le respect de l'obligation de transparence qui découle de l'article 56 du TFUE est une condition préalable obligatoire à l'extension, par un État membre, à l'ensemble des entreprises d'une branche, d'un accord collectif confiant à un unique opérateur, choisi par les partenaires sociaux, la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire obligatoire institué au profit des salariés ; (...)

« 6. Considérant, en premier lieu, que les prestations objet de l'avenant du 27 mai 2011 peuvent être légalement proposées par des entreprises d'assurance établies dans d'autres États membres de l'Union européenne ; que la circonstance que le marché de la protection sociale complémentaire présente aujourd'hui une faible ouverture aux entreprises établies dans d'autres États membres de l'Union européenne est sans incidence sur la faculté pour ces entreprises de présenter leurs offres ; que l'extension de l'avenant du 27 mai 2011 donne vocation à l'organisme désigné à assurer durant cinq ans, pour l'ensemble des salariés employés dans des entreprises artisanales du secteur de la boulangerie et boulangerie-pâtisserie, au nombre d'environ 120 000, le remboursement de frais de soins de santé, en complément des prestations de la sécurité sociale ; qu'il ressort des pièces du dossier que le montant annuel des cotisations des employeurs et des salariés à ce régime est de l'ordre de 70 millions d'euros, soit 350 millions d'euros sur la durée de l'avenant ; qu'en égard à l'importance du montant des cotisations et des prestations en jeu, à la taille nationale du marché considéré et à l'avantage que représente la désignation pour proposer d'autres services d'assurance, l'octroi du droit de gérer ce régime présente, en dépit de la nécessité pour les entreprises intéressées de s'adapter aux contraintes réglementaires existantes, un intérêt transfrontalier certain ; que, d'ailleurs, dans son arrêt C-437/09 du 3 mars 2011, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que si AG2R Prévoyance devait être regardée comme une entreprise exerçant une activité économique en tant qu'elle gère le régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé du secteur de la boulangerie artisanale française, ce qui est vérifié en l'espèce, elle détiendrait un monopole sur une partie substantielle du marché intérieur ; que, par suite, l'obligation de transparence découlant de l'article 56 du TFUE est applicable aux dispositions attaquées ; (...)

« 10. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner le nouveau moyen qu'elle soulève dans son mémoire enregistré le 8 février 2016, qui a la même portée que le moyen d'annulation retenu, que la société requérante est fondée à demander l'annulation du dernier alinéa de l'article 6 de l'arrêté qu'elle attaque en tant qu'il étend les clauses de l'avenant n° 100 relatives au régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé ;

« Sur les conséquences de l'illégalité des dispositions attaquées :

« 11. Considérant que, dans son arrêt du 17 décembre 2015, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que les effets de cet arrêt ne concernent pas les accords collectifs portant désignation d'un organisme unique pour la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire ayant été rendus obligatoires par une autorité publique pour l'ensemble des employeurs et des travailleurs salariés d'une branche d'activité avant la date de prononcé de cet arrêt, sans préjudice des



recours juridictionnels introduits avant cette date ; qu'elle a précisé au point 52 de son arrêt que le maintien des effets des décisions d'extension en cause au principal, au nombre desquelles figure l'arrêt attaqué, se justifiait, essentiellement, au regard de la situation des employeurs et des travailleurs salariés qui ont souscrit, sur le fondement des conventions collectives étendues en cause, un contrat de prévoyance complémentaire s'inscrivant dans un contexte social particulièrement sensible et qui ont ainsi conclu des engagements contractuels leur accordant des garanties de prévoyance complémentaire en se fondant sur une situation juridique que la Cour n'a précisée, en ce qui concerne la portée concrète de l'obligation de transparence découlant de l'article 56 du TFUE, que dans cet arrêt ; que, dès lors, eu égard à ces motifs, il y a lieu de différer l'annulation du dernier alinéa de l'article 6 de l'arrêt attaqué, en tant qu'il étend l'article 6 de l'avenant n° 100 du 27 mai 2011, au 1<sup>er</sup> janvier 2017 et de prévoir que les effets des dispositions annulées doivent être regardés comme définitifs y compris pour la période restant à courir, sous réserve des actions contentieuses mettant en cause des actes pris sur son fondement, engagées avant l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, soit le 17 décembre 2015 ».

**CE, ch. réunies, 7 décembre 2016, Société Allianz IARD et société Allianz Vie, n° 366345.**

« 2. Par l'article 15 de l'arrêt attaqué du 19 décembre 2012, le ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social a étendu l'accord collectif national du 8 décembre 2011 relatif au régime de prévoyance des salariés cadres et assimilés, conclu dans le cadre de la convention collective nationale de la pharmacie d'officine du 3 décembre 1997, qui a notamment pour objet de désigner l'Institution de prévoyance du groupe Mornay (IPGM) comme l'unique organisme gestionnaire de ce régime complémentaire de prévoyance, portant sur la couverture des risques décès, invalidité et incapacité de travail et le remboursements de frais de soins de santé.

« Sur la légalité de l'arrêt attaqué : (...)

« 9. Ainsi, eu égard à la contradiction entre, d'une part, les critères clairement énoncés par l'avis d'appel d'offres lui-même, ainsi que leurs conditions de mise en oeuvre, qui devaient normalement conditionner le choix de l'offre la plus avantageuse et, d'autre part, le choix discrétionnaire que se réservaient les partenaires sociaux, par le renvoi de cet avis aux stipulations des accords du 2 décembre 2009 et du 18 avril 2011, la publicité assurée avant la conclusion de l'accord du 8 décembre 2011 n'a pas permis d'assurer le respect des exigences de transparence découlant de l'article 56 du TFUE.

« 10. D'autre part, l'article D. 2261-3 du code du travail prévoit que l'adoption d'un arrêt d'extension doit être précédée de la publication au *Journal officiel de la République française* d'un avis, qui indique le lieu où l'accord a été déposé et invite les organisations et personnes intéressées à faire connaître leurs observations dans un délai de quinze jours. Toutefois, en l'absence de disposition explicite ou de pratique en ce sens, les opérateurs ne pouvaient raisonnablement envisager que le ministre chargé du travail refuse l'extension sollicitée par les signataires de l'accord



au motif qu'une offre plus avantageuse aurait été portée à sa connaissance. Dans ces conditions, ni la mise à disposition du public de l'avenant, ni la publication au *Journal officiel de la République française* le 9 février 2012 de l'avis prévu par l'article D. 2261-3 du code du travail, ne peuvent, même prises ensemble, être regardées comme une publicité adéquate permettant au ministre de tenir compte de l'existence d'une offre plus avantageuse. Dans ces conditions, la décision du ministre chargé du travail n'a pas été précédée d'une publicité de nature à assurer le respect des exigences découlant de l'article 56 du TFUE.

« 11. Par suite, les sociétés requérantes sont fondées à soutenir, par un moyen utilement soulevé, que le ministre chargé du travail ne pouvait, sans méconnaître l'obligation de transparence, procéder à l'extension de l'accord collectif en cause. (...)

« 13. Dans son arrêt du 17 décembre 2015, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que les effets de cet arrêt ne concernent pas les accords collectifs portant désignation d'un organisme unique pour la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire ayant été rendus obligatoires par une autorité publique pour l'ensemble des employeurs et des travailleurs salariés d'une branche d'activité avant la date de prononcé de cet arrêt, sans préjudice des recours juridictionnels introduits avant cette date. Elle a précisé au point 52 de son arrêt que le maintien des effets des décisions d'extension en cause au principal se justifiait, essentiellement, au regard de la situation des employeurs et des travailleurs salariés qui ont souscrit, sur le fondement des conventions collectives étendues en cause, un contrat de prévoyance complémentaire s'inscrivant dans un contexte social particulièrement sensible et qui ont ainsi conclu des engagements contractuels leur accordant des garanties de prévoyance complémentaire en se fondant sur une situation juridique que la Cour n'a précisée, en ce qui concerne la portée concrète de l'obligation de transparence découlant de l'article 56 du TFUE, que dans cet arrêt. Dès lors, eu égard à ces motifs, il y a lieu de différer l'annulation de l'article 15 de l'arrêt attaqué au 1<sup>er</sup> juillet 2017 et de prévoir que les effets des dispositions annulées doivent être regardés comme définitifs y compris pour la période restant à courir, sous réserve des actions contentieuses mettant en cause des actes pris sur son fondement, engagées avant l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, soit le 17 décembre 2015 ».

**C. cass., Soc., 11 février 2015, pourvoi n° 14-11409, Bull. civ. 2015, V, n° 27.**

« Attendu cependant que la Cour de justice de l'Union européenne a décidé, par un arrêt du 3 mars 2011 (*AG2R prévoyance*, aff. C-437/09) que l'affiliation obligatoire à un régime de remboursement complémentaire de frais de soins pour l'ensemble des entreprises du secteur concerné à un seul opérateur, sans possibilité de dispense, était conforme à l'article 101 du TFUE ; qu'elle a jugé, par le même arrêt, pour autant que l'activité consistant dans la gestion d'un régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé tel que celui en cause devait être qualifiée d'économique, que les articles 102 et 106 du TFUE ne s'opposaient pas, dans des circonstances telles que celles de l'affaire, à ce que les pouvoirs publics investissent un organisme de prévoyance du droit exclusif de gérer ce régime, sans aucune possibilité pour les entreprises du secteur



d'activité concerné d'être dispensées de s'affilier audit régime ; qu'enfin, il résulte des dispositions des articles 102 et 106 du traité qu'elles n'imposent pas aux partenaires sociaux de modalités particulières de désignation du gestionnaire d'un régime de prévoyance obligatoire ».

**C. cass., Soc., 1<sup>er</sup> juin 2016, pourvois n<sup>os</sup> 15-12.276 et 15-12.796.**

« Mais attendu, d'abord, qu'il résulte de l'arrêt du 17 décembre 2015 de la Cour de justice de l'Union européenne (aff. jointes C-25/14 et C-26/14) que c'est l'intervention de l'autorité publique – par le biais de l'arrêté d'extension – qui est à l'origine de la création d'un droit exclusif et qui doit ainsi, en principe, avoir lieu dans le respect de l'obligation de transparence découlant de l'article 56 du TFUE ; que s'agissant de la décision d'extension prise par l'autorité publique, la Cour de justice dans le même arrêt a jugé que sans nécessairement imposer de procéder à un appel d'offres, l'obligation de transparence implique un degré de publicité adéquat permettant, d'une part, une ouverture à la concurrence et, d'autre part, le contrôle de l'impartialité de la procédure d'attribution permettant à l'autorité publique compétente de tenir compte des informations soumises, relatives à l'existence d'une offre plus avantageuse ; que les accords collectifs de branche instituant un régime de protection sociale complémentaire ne relèvent donc pas du champ d'application de l'article 56 du TFUE qui n'impose aucune obligation de transparence aux partenaires sociaux, lesquels ne sont pas un pouvoir adjudicateur soumis aux règles régissant les marchés publics ou la commande publique et ne peuvent être liés, le cas échéant, que par les règles conventionnelles qu'ils ont pu établir relativement aux conditions de choix de l'organisme assureur ;

« Attendu, ensuite, qu'interprétant les accords du 2 décembre 2009 et du 18 avril 2011 relatifs à la mise en concurrence et l'organisation d'un appel d'offres en vue de désigner une ou plusieurs entreprises d'assurance pour gérer le régime de prévoyance des salariés cadres et assimilés de la branche professionnelle de la pharmacie d'officine, la cour d'appel, hors toute dénaturation, a relevé, d'une part, que si la qualité des différentes offres devait être évaluée, au regard des critères fixés dans le cahier des charges, par la sous-commission Prévoyance chargée de procéder à une présélection des candidats sur la base d'un barème de notation et d'établir un rapport avec l'assistance d'un actuaire conseil, il n'était attribué à cette sous-commission, non plus qu'à l'actuaire conseil, aucun pouvoir décisionnel quant au choix de l'organisme assureur, d'autre part, que le choix final du ou des assureurs revenait aux seuls partenaires sociaux composant la commission paritaire nationale et devait faire l'objet d'un accord collectif négocié et conclu dans les conditions prévues par le code du travail, les partenaires sociaux n'étant aucunement liés par la notation attribuée aux différentes offres par le rapport, qui ne constituait qu'un élément de réflexion parmi d'autres ;

« Attendu, enfin, qu'ayant relevé que l'ensemble des offres sélectionnées par la sous-commission répondait aux critères d'attribution énumérés par l'appel d'offres et remplissait l'objectif assigné par les partenaires sociaux, la cour d'appel en a exactement déduit que les parties à la négociation collective étaient libres de choisir parmi les offres en présence, dès lors que l'appel d'offres avait été effectivement



ouvert à l'ensemble des institutions de statuts divers prévues par l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale ;

« D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

« Mais sur le moyen unique du pourvoi incident de la FSPF [Fédération des syndicats pharmaceutiques de France] :

« Vu l'article 62 de la Constitution, ensemble l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale dans sa rédaction alors applicable et les articles 2-2° et 4 de l'accord du 8 décembre 2011 ;

« Attendu que l'arrêt énonce que les pharmacies d'officine qui n'avaient pas encore, au jour de la publication de la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013, satisfait à l'obligation d'adhérer aux contrats types avec l'IPGM [Institution de prévoyance du groupe Mornay] prévue par les articles 2-2° et 4 de l'accord du 8 décembre 2011, ne peuvent plus y être contraintes ;

« Attendu, cependant, que le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 juin 2013 a énoncé que la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale n'était pas applicable aux contrats pris sur ce fondement, en cours lors de la publication de la décision et liant les entreprises à celles qui sont régies par le code des assurances, aux institutions relevant du titre III du code de la sécurité sociale et aux mutuelles relevant du code de la mutualité ; qu'il en résulte que les contrats en cours sont les actes ayant le caractère de conventions ou d'accords collectifs ayant procédé à la désignation d'organismes assureurs pour les besoins du fonctionnement des dispositifs de mutualisation que les partenaires sociaux ont entendu mettre en place, voire les actes contractuels signés par eux avec les organismes assureurs en vue de lier ces derniers et de préciser les stipulations du texte conventionnel de branche et ses modalités de mise en oeuvre effective ;

« Qu'en statuant comme elle a fait, alors que l'accord collectif du 8 décembre 2011 étendu par arrêté du 19 décembre 2012 était en cours lors de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, de sorte que l'ensemble des employeurs entrant dans le champ d'application de l'accord collectif, restait tenu d'adhérer au régime géré par l'organisme désigné par les partenaires sociaux, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».







# Bibliographie indicative

## Table ronde n° 1

J. Alix, « Terrorisme », in *JurisClasseur Pénal code*, Art. 421-1 à 422-7, Fasc. 20, mise à jour : 10 décembre 2016.

G. Barbier, « La lutte contre le terrorisme du point de vue du juge de cassation : défis et perspectives », in *Constitutions*, 2015, p. 211.

O. Beaud, C. Guerin-Bargues, « L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique », in *LGDJ*, 2016.

J. Bonnet, « Les juges constitutionnels et l'état d'urgence », in *Dr. adm.*, 2016, étude 15.

B. Bonnet, « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel. Tentative de définition d'une notion insaisissable », in *L'ordre public*, (dir. C.-A. Dubreuil), éd. Cujas, Paris, 2013.

F. Bonnet, « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-burqa », in *Jus politicum*, n° 7, 2012.

O. Le Bot, « État d'urgence et compétences juridictionnelles », in *RFDA*, 2016, p. 436.

Conseil d'État, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, 25 mars 2010, éd. numérique disponible sur le site Internet du Conseil d'État.

P. Delvolvé, « L'ordre public immatériel », in *RFDA*, 2015, p. 890.

L. Derepas, « L'ordre public et les migrations » in *L'ordre public, Archives de philosophie du droit*, tome 58, éd. Dalloz, Paris, 2015.

E. Derieux, « La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et le droit de la communication », in *JCP G*, 2014, act. 39.

C. Godeberge, E. Daoud, « La loi du 13 novembre 2014 constitue-t-elle une atteinte à la liberté d'expression ? », in *AJ pénal*, 2014, p. 563.

G. Lebreton, « Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux* (dir. M.-J. Redor), éd. Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 353.

B. Louvel, « Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation », discours du Premier président du 14 janvier 2016, disponible sur le site Internet de la Cour de cassation.

B. Mathieu, « La tentative de révision constitutionnelle relative à l'état d'urgence et à la déchéance de nationalité – Radiographie d'un échec », in *RFDA*, 2016, p. 417.

B. Mathieu, « La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur «le voile intégral» – La reconnaissance implicite d'un ordre public «immatériel» », in *JCP G*, 2010, p. 1018.

M.-C. de Montecler, « Vers l'adoption définitive du projet de loi Égalité citoyenneté », in *AJDA*, 2016, p. 2 300.

E. Picard, « Police », in *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. D. Alland et S. Rials), éd. PUF, Paris, 2003.

E. Picard, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », in *AJDA*, 1996, numéro spécial, p. 55.

F. Pollaud-Dulian, « L'ordre public, la dignité humaine et les bonnes mœurs dans le droit de la propriété intellectuelle », in *LégiCom Revue thématique de droit de la communication*, 2014/2, n° 53, pp. 45-55.

A. Roblot-Troizier, « État d'urgence et protection des libertés », in *RFDA* 2016, p. 424.

P. Sirinelli, « Police administrative et terrorisme : quel contrôle juridictionnel ? », in *RFDA*, 2013, p. 1024.

V. Tchen, « Police administrative. Théorie générale », in *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 200, 20 janvier 2013.

C. Tukov, « L'autorité judiciaire, gardienne exclusive de la liberté individuelle ? », in *AJDA*, 2016, p. 936.

### **Table ronde n° 2**

B. Audit et L. d'Avout., *Droit international privé*, éd. Economica, Paris, 2013, 7<sup>e</sup> éd. refondue, paragr. 649 à 650.

T. Azzi, « Circulation des jugements, droit des marques et ordre public », in *Rev. crit. de droit international privé*, n° 2, 2016, pp. 367-374.

D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, éd. PUF, Paris, 2014, tome 2, 3<sup>e</sup> éd., paragr. 620-18 à 620-30.

L. Idot, plusieurs articles sur ce thème en 2015 et 2016 dans la revue *Europe*.

Y. Loussouarn, P. Bourel et P. Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, éd. Dalloz, Paris, 2014, 10<sup>e</sup> éd., paragr. 935 à 942.

R. Nato-Kalfane, « Règlement Bruxelles II bis : nouvel encadrement de l'exception d'ordre public prévue par l'article 23 sous a) », in *Gazette du Palais*, n° 15, 19 avril 2016, p. 80.

C. Nourrisat, « commentaire de l'arrêt C-559/14, *Meroni* », in *Procédures*, n° 7, juillet 2016, comm. 231.

C. Nourrisat, « Private enforcement et règlement Bruxelles I », in *Procédures* n° 1, janvier 2015, comm. 14.

### **Table ronde n° 3**

V. Le Meur-Baudry, J. Barthélémy, « Protection sociale complémentaire : choix de l'organisme assureur et transparence », in *Dr. social*, 2016, p. 376.

C. Vautrot-Schwarz, « L'ordre public économique », in *L'ordre public*, Ch.-A. Dubreuil (dir.), éd. Cujas, Paris, 2013, p. 187.



## **Comité de rédaction**

*Responsable de la publication :*

Martine de Boisdeffre, présidente de la section du rapport et des études.

*Conception et réalisation :*

François Seners, président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études,

Corinne Mathey, secrétaire de la section du rapport et des études,  
avec l'appui de Caroline Grossholz, premier conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, chargée de mission auprès de la présidente de la section du rapport et des études.

## **Comité scientifique du colloque**

*Conseil d'État*

Maryvonne de Saint Pulgent, présidente de section, ancienne présidente de la section du rapport et des études,

Edmond Honorat, président adjoint de la section du contentieux,

Patrick Gérard, ancien président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études,

Mattias Guyomar, président de la 10<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux.

*Cour de cassation*

Jean-Claude Marin, procureur général,

Jean-Paul Jean, président de chambre, directeur du service de documentation, des études et du rapport,

Ronan Guerlot, directeur adjoint du service de documentation, des études et du rapport (SDER),

Sylvain Barbier Sainte Marie, avocat général référendaire, chargé de mission auprès du procureur général,

Vivien David, chargé de mission auprès du Premier président.

*La documentation juridique du colloque a été préparée conjointement par le service de documentation, des études et du rapport et le parquet général de la Cour de cassation, ainsi que par la section du rapport et des études et le Centre de recherches et de diffusion juridiques du Conseil d'État.*

## **Secrétaire de rédaction**

Frédéric Navas Alonso de Castaneda, chargé de mission à la section du rapport et des études,

avec la contribution de Marie-Christine Gallicher, secrétaire à la section du rapport et des études.

## **Coordination du colloque**

Caroline de Prémonville, chargée de mission pour les relations extérieures.

## **Crédits photos, conseil graphique**

Direction de la communication.

